

SUORTE FÁTICO: ELEMENTOS CONCEITUAIS E AS TEORIAS RESTRITA E AMPLA DO SUORTE FÁTICO ABSTRATO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carlos Luiz Strapazzon*

Thuany Klososki Piccolo Bertin**

RESUMO

Este estudo pretende tratar sobre a diferença de conceitos de suporte fático na visão de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, bem como sobre as teorias restrita e ampla do suporte fático abstrato dos direitos fundamentais. Palavras-chave: Teorias do suporte fático abstrato. Virgílio Afonso da Silva. Robert Alexy.

1 INTRODUÇÃO

A tentativa de conceituar suporte fático, apesar das divergências de opinião, é uma tarefa mais simples do que quando comparada à necessidade de se fazer a definição do suporte fático em normas que garantem direitos fundamentais. Essa é a problemática discutida na obra de Virgílio Afonso da Silva, Professor Titular de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Universidade de Kiel, Alemanha, o livro *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia* é o resultado do trabalho feito para o concurso de professor da Universidade de São Paulo.

A obra tem como objetivo definir o que é protegido pelas normas de direitos fundamentais, diferenciando regras e princípios, analisando os limites

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina; carlos.strapazzon@unoesc.edu.br

** Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista PIBIC/Unoesc do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unidade de Chapecó; thuanybertin@gmail.com

e a eficácia das normas através do minucioso estudo de três conceitos centrais que intitulam o livro.

A decisão entre uma teoria de suporte fático amplo ou restrito afeta na definição de como controlar as restrições aos direitos fundamentais, na fundamentação do conteúdo essencial dos mesmos e na eficácia das normas constitucionais que os garantem. Neste sentido, o embate entre as teorias sobre a amplitude ou extensão do suporte fático dos direitos fundamentais proporciona uma extensa discussão.

O presente estudo tem por objetivo discorrer sobre as distinções entre o termo de suporte fático e suas teorias.

2 IDEIA DE SUPORTE FÁTICO

Silva (2009, p. 66) afirma que o suporte fático é um conceito quase desconhecido no Direito Constitucional brasileiro, pois este ramo do direito, principalmente antes da Constituição de 1988, “[...] sempre foi um *direito constitucional da organização estatal*, da organização dos poderes, e menos um direito constitucional dos direitos fundamentais.”

Siqueira (2009, p. 68) indica que de uma maneira simples é possível entender que o suporte fático se refere “[...] ao fato que dá suporte a alguma coisa.” Apesar desse termo não ser comumente utilizado no Brasil, o autor afirma que outras expressões com ideias semelhantes, mas não tão complexas, são utilizadas no direito brasileiro, entre elas pode-se citar o *tipo* do direito penal e o *fato gerador* do direito tributário, indicando a situação concreta que se enquadra na hipótese da norma (SIQUEIRA, 2009, p. 68).

No entanto, Silva (2009, p. 70) ressalta que diferente do que ocorre em outros ramos do direito, como o direito penal, a definição do que pertence propriamente ao suporte fático nos dispositivos constitucionais que garantem direitos fundamentais é algo muito contra-intuitivo.

De acordo com o mesmo autor, para que seja possível definir o suporte fático de uma norma de direito fundamental, é preciso responder a quatro perguntas importantes: “(1) O que é protegido? (2) Contra o quê? (3) Qual é

a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa ocorrer também?” (SILVA, 2009, p. 71).

A primeira distinção que se faz de suporte fático é entre suporte fático abstrato e concreto. Silva (2009, p. 67) explica que o primeiro representa fatos ou atos previstos na hipótese normativa e para cuja realização ou ocorrência há uma determinada consequência jurídica. Díez-Picazo (1993, p. 56-57 apud FELLET, 2011, p. 87), no mesmo sentido, entende que suporte fático abstrato é “[...] uma realidade futura antecipadamente prefigurada”, sendo essa “[...] uma rede de fatos naturais e de atos, condutas e situações.” Em outras palavras, representa aquilo que está previsto na norma.

Diretamente ligado ao suporte fático abstrato, o suporte fático concreto representa a ocorrência prática de um determinado evento que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou (SILVA, 2009, p. 68). Portanto, segundo Silva (2009, p. 68) a constatação da ocorrência do suporte fático em sentido concreto dependerá da sua configuração em abstrato. Acerca do tema, Fellet (2011, p. 87) acrescenta que o suporte fático concreto acarreta na incidência da norma que o descreveu abstratamente.

O termo suporte fático, segundo Alexy (2011, p. 305), é composto pela soma de dois elementos: âmbito de proteção e intervenção estatal. No entanto, Silva (2009, p. 74) discorda dessa conceituação e propõe um modelo alternativo, acrescentando outro elemento para a composição do conceito de suporte fático: a fundamentação constitucional.

Para Silva (2009, p. 72), a definição de âmbito de proteção é fundamental para o claro entendimento acerca dos atos, fatos ou estados jurídicos protegidos pelas normas de direitos fundamentais que garantem o referido direito. Borowski (1998, p. 184 apud SILVA, 2009, p. 72) discorre que âmbito de proteção é, portanto, “[...] o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental”; sendo esses bens, nessa definição, “[...] ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa.” Em outras palavras, âmbito de proteção seria aquilo que define o que é protegido por uma norma de direito fundamental. Silva (2009, p. 71)

afirma que o que define suporte fático vai além do que do bem que é protegido, mesmo que esse seja a parte mais importante.

Segundo Alexy (2011, p. 303), “[...] suporte fático e âmbito de proteção coincidem totalmente: aquilo que é incluído no suporte fático é incluído também no âmbito de proteção.” O autor ainda atenta que, dependendo da espécie de norma de direito fundamental que se trate, os conceitos de âmbito de proteção e de suporte fático devem ser definidos de forma diversa. Porém ambos se referem aos fatos que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração possíveis restrições.

De acordo com Silva (2009, p. 74), o suporte fático baseia-se também na ausência de fundamentação constitucional para a intervenção. O autor explica que quando há fundamentação constitucional para a intervenção estatal, configura-se uma restrição ao direito fundamental e não uma violação, impedindo a ativação da consequência jurídica.

Siqueira (2009, p. 70) atenta que a intervenção estatal pode ser entendida de diferentes perspectivas dependendo do tipo de direito envolvido. Assim o autor cita dois exemplos: o primeiro é no caso das liberdades públicas, nas quais não deveria haver intervenção estatal; e o segundo é sobre os direitos sociais, os quais precisam que haja intervenção estatal para a perfeita ação prestacional na realização desse direito. De acordo com Silva (2009, p. 77):

No caso de dimensão negativa das liberdades públicas, *intervir* significava agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: *intervir*, nesse sentido, é *não agir ou agir de forma insuficiente*.

Como observado anteriormente, o suporte fático de um direito fundamental deve reunir todos os elementos que o compõe, de forma que, quando preenchidos, possibilitam a realização jurídica da consequência jurídica da norma que garante tal direito. Nesse sentido, inicia-se o debate

acerca das teorias sobre a amplitude ou extensão do suporte fático dos direitos fundamentais.

3 SUPORTE FÁTICO RESTRITO

A teoria restritiva do suporte fático busca determinar quais os limites daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais, pois nem todas as ações, fatos, estados ou posições jurídicas referidas a esses direitos são contempladas (SIQUEIRA, 2009, p. 71).

Para Silva (2009, p. 79), a principal característica dessa teoria é a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que, em abstrato, poderiam ser incluídas no âmbito de proteção dessas normas.

Segundo o mesmo autor, existem várias estratégias utilizadas para elaborar a definição do conteúdo do suporte fático restrito e, assim, excluir determinadas condutas do âmbito de proteção da norma de direito fundamental. Em geral, busca-se a essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e a rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais como pontos comuns (SILVA, 2009, p. 82).

Silva (2009, p. 82) cita duas estratégias principais que influenciam nessa definição. A primeira é a interpretação histórico-sistemática, a qual sustenta que é dever da interpretação constitucional definir o que faz parte da essência de cada direito fundamental. Do ponto de vista histórico, é preciso analisar o contexto histórico-cultural da criação dos dispositivos constitucionais e do ponto de vista sistemático, focando nas relações existentes entre as normas de direitos fundamentais e também com outras normas de direito constitucional. Maunz e Zippelius (1994, p. 144 apud SILVA, 2009, p. 83) utilizam o exemplo de reuniões que ocorrem em prédios ameaçados por incêndios ou em pontes em mau estado de conservação não estão protegidas pelo direito de reunião da contido na constituição alemã, pelo fato de que essas reuniões colocariam as vidas dos indivíduos em risco. Esse exemplo não trata de um sopesamento entre o direito à vida e o direito de reunião, mas de um limite preexistente ao direito protegido.

Nesse sentido, Silva (2009, p. 85) afirma que no momento em que se tenta definir o âmbito de proteção de um direito fundamental a partir de uma interpretação sistemática, objetiva-se a restrição da proteção.

A outra estratégia é a delimitação do âmbito da norma na versão desenvolvida por Friedrich Müller. Para ele, a precisa delimitação da amplitude fática dos direitos fundamentais possibilita a definição do que é protegido por cada direito e o que não é. Assim, muitos casos que aparentemente configuram uma situação de colisão entre direitos não passam de casos de aparência (SILVA, 2009, p. 86).

Müller (1990, p. 87 apud SILVA, 2009, p. 87) afirma que:

A questão dogmática principal não é saber, portanto, por meio de quê um direito fundamental pode ser restringido, mas qual é a extensão de sua validade, a qual deve ser desenvolvida a partir da análise do âmbito da norma [...]

O fato de o autor considerar apenas a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais acarreta no surgimento da questão de como o âmbito de proteção de um direito fundamental deve ser definido, pois se não há restrições externas nem direitos absolutos, os limites de cada direito fundamental devem ser, *a priori*, muito bem definidos para que colisões entre direitos sejam evitados (SILVA, 2009, p. 88).

Na delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental, Müller trabalha com o conceito de *especificidade*, afirmando que todo ato que faça parte do âmbito da norma de determinado direito fundamental é considerado *específico*. Assim Silva (2009, p. 88) afirma que:

Toda e qualquer ação que não seja estruturalmente necessária para o exercício do direito fundamental e que, nesse sentido, possa ser substituída por outra é uma ação não-específica, e, portanto, não protegida pelo direito fundamental.

Diante disso, Silva (2009, p. 88) cita o exemplo do artista que é proibido de pintar quadros no meio de um cruzamento movimentado. A ação “pintar quadros” é protegida pela liberdade artística, no entanto, sua forma de

exercício – no cruzamento viário – não é específica nem típica dessa liberdade. Assim, se fosse aprovada uma eventual lei proibindo esse tipo de exercício da liberdade artística, não haveria nenhuma restrição, já que a parte específica e típica do âmbito de proteção dessa liberdade não é atingida.

John Rawls apresenta um posicionamento semelhante. Virgílio (2009, p. 89) salienta que mesmo tendo se dedicado a uma análise do suporte fático dos direitos fundamentais, Rawls apresenta pressupostos teóricos que indicam a opção pela teoria restritiva do suporte fático, pois, como expressa em seu texto sobre a prioridade das liberdades fundamentais na obra *Liberalismo político* publicada em 1993, o autor rejeita o suporte fático amplo a fim de evitar colisões entre direitos fundamentais e uma consequente necessidade de sopesamento entre os mesmos.

Uma forma de evitar esta necessidade seria a redução no número de liberdades fundamentais. Para Rawls, a ampliação da lista de liberdades poderia vir a “enfraquecer a proteção das mais essenciais dentre elas” decorrentes de um sopesamento desorientado, que se pretende evitar através da noção de *prioridade*. Vale lembrar que as liberdades fundamentais consideradas por Rawls são “[...] apenas as liberdades de pensamento e de consciência, liberdades políticas e de associação, as liberdades decorrentes da integridade das pessoas e os direitos e liberdades abarcados pelo Estado de Direito.” (SILVA, 2009, p. 90).

Outra maneira expressa para evitar o desequilíbrio seria pressupor um caráter absoluto das liberdades por ele consideradas quando em conflito com outros direitos, como os direitos sociais. Dessa forma, qualquer colisão entre algum direito elencado nas liberdades fundamentais com outros direitos seria necessariamente solucionado em favor das liberdades fundamentais (SILVA, 2009, p. 90).

Por fim, Silva (2009, p. 91) apresenta a última sugestão de Rawls, a qual pressupõem um suporte fático restrito aos direitos fundamentais, valendo-se da distinção entre *regulamentação* e *restrição*. Segundo ele, as liberdades fundamentais precisam ser regulamentadas para que possam ser

combinadas em um sistema e adaptadas a certas situações sociais necessárias para o seu exercício duradouro, respeitando-se seus respectivos conteúdos essenciais. Nesse jaez, o autor cita o exemplo da liberdade de expressão, na qual é natural que o *modo de exercício* dessa liberdade seja *regulamentado* para que esse direito seja integrado em um sistema adequado de liberdades. O fato de regulamentar *tempo, local ou meios* usados no seu exercício não atingiriam o conteúdo essencial dessa liberdade, ou seja, o conteúdo essencial da liberdade só seria atingido através de uma restrição (SILVA, 2009, p. 92).

Silva (2009, p. 95) elenca alguns problemas do suporte fático restrito. O primeiro deles é o conservadorismo, pois determinadas delimitações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais são nitidamente conservadoras e, pelo enfoque originalista, impossibilitam a atualização do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a uma realidade em constante mudança, pois a intenção é proteger exatamente aquilo que se queria proteger na época da promulgação da constituição. Assim, o autor exemplifica utilizando a Constituição brasileira de 1988 e a privacidade das pessoas, argumentando que na época em que foi promulgada a invasão de privacidade era algo mais complexo, fato que mudou totalmente com o surgimento da Internet.

Outro problema elencado por Silva (2009, p. 97) é a exclusão *a priori* de condutas, pois a principal dificuldade da teoria restritiva do suporte fático é o método de definição desse suporte. A dificuldade encontra-se na escolha de condutas que, *prima facie*, podem ser consideradas como garantias por algum direito, mas que poderão ser excluídas dessa garantia, em abstrato e em definitivo. O autor questiona se mostrar as nádegas em público é uma forma de exercício da liberdade de expressão e responde que, baseado em argumentos comuns na jurisprudência do STF, segundo os quais os direitos fundamentais não podem proteger condutas imorais ou ilícitas, a resposta seria de que o ato mencionado não se inclui no suporte fático da liberdade de expressão. No entanto, não é possível decidir definitivamente sobre questões acerca de direitos fundamentais antes de

uma minuciosa análise e interpretação, pois determinadas circunstâncias observadas ao longo do caso podem ser fundamentais para uma decisão.

O terceiro e último problema do suporte fático restrito observado por Silva (2009, p. 100) é sobre a regulação e a restrição do modelo proposto por Rawls, no qual toda forma de intervenção no conteúdo das liberdades fundamentais é uma forma de restrição, devendo ser rejeitada. Por outro lado, intervenções na forma de exercício das liberdades fundamentais podem ser aceitas, já que constituem meras regulamentações.

4 SUPORTE FÁTICO AMPLO

Segundo Silva (2009, p. 109), definir o que é protegido pelo suporte fático amplo é menos problemático do que pelo suporte fático restrito. Porém não basta estabelecer a definição do âmbito de proteção, é necessário fazer um sopesamento em situações concretas antes de decidir pela proteção definitiva.

De acordo com Siqueira (2009, p. 74), no que tange ao modelo de suporte fático amplo, ao contrário da teoria restritiva, não é o âmbito de proteção que é o ponto fundamental, mas a argumentação utilizada na fundamentação constitucional sobre a intervenção estatal nos direitos fundamentais. O mesmo autor complementa que a diferença entre as teorias é de que na primeira basta definir o que é protegido enquanto que na segunda é necessário existir um sopesamento em situações concretas com outros direitos antes de decidir sobre a proteção definitiva (SIQUEIRA, 2009, p. 74).

Acerca do assunto, Alexy (2011, p. 307) acrescenta que o suporte fático amplo compreende a totalidade das condições para que haja uma consequência jurídica definitiva de um direito fundamental.

Em se tratando de suporte fático amplo, Silva (2009, p. 110) entende que é necessário definir o que é protegido *prima facie* e o que é protegido definitivamente. O autor afirma que direitos *prima facie* são aqueles protegidos integralmente pela norma de direito fundamental, por exemplo:

[...] *prima facie*, o direito à livre manifestação do pensamento, presente no art. 5, IV, da Constituição Federal protege toda e qualquer manifestação de pensamento, não importando seu conteúdo, forma, local, dia ou horário. No entanto, isso não significa que tais direitos são absolutos, pois o âmbito de proteção, de acordo com essa teoria, define apenas o amparo *prima facie* de um direito e poderá sofrer restrições. (SILVA, 2009, p. 110).

Nesse jaez, Alexy (2011, p. 308) afirma que para que exista proteção definitiva de um direito fundamental é preciso que o suporte fático seja preenchido, mas não a cláusula de restrição.

Com relação ao suporte fático amplo, Alexy (2011, p. 326) destaca que a proteção expandida não é necessariamente do direito definitivo, mas do direito *prima facie*, aumentando o número de casos solucionados através de um sopesamento entre uma razão, presente no âmbito de proteção, e proteção constitucional e razão, presente no âmbito das restrições.

Alexy (2011, p. 323) salienta que a teoria do suporte fático amplo recebe várias críticas, pois pode garantir uma proteção constitucional excessiva, resultando numa paralisação da legislação e ameaça de bens jurídicos, ou a vinculação ao texto constitucional não deve ser levada a sério para que um grau adequado de proteção dos direitos fundamentais seja mantido. Segundo o mesmo autor, tal teoria seria, ainda, desonesta, pelo fato de restringir atos, fatos e estados, que, anteriormente, haviam sido protegidos pelo âmbito de proteção. Sendo assim, “[...] uma teoria ampla tem que excluir mais por meio de restrições do que uma teoria restrita.” (ALEXY, 2011, p. 324).

Outro problema levantado por Alexy (2011, p. 326) consiste na amplitude da definição do suporte fático, já que quanto mais amplo ele for, maior será o número de casos em que alguma norma de direito fundamental será relevante, resultando num número maior de colisões de direitos fundamentais.

Apesar das críticas elencadas por Alexy (2011, p. 328), o autor conclui que a teoria ampla do suporte fático apresenta algumas vantagens, pois evita que a argumentação constitucional seja suprimida pelo excesso de argumentação jurídica ordinária. Além disso, a teoria ampla do suporte

fático possibilita a argumentação substancial através da máxima da proporcionalidade em casos em que existir incerteza acerca da proteção ou da não-proteção constitucional (ALEXY, 2011, p. 328).

Alexy (2011, p. 328) entende que essa teoria resulta em um *modelo em dois âmbitos* [grifo do autor], sendo o primeiro o âmbito dos casos potenciais e o segundo, dos casos reais. Segundo o mesmo autor, fazem parte dos casos potenciais aqueles em que um princípio de direito fundamental é relevante, mesmo que tal princípio possa ser superado por princípios colidentes e acrescenta que “[...] a maioria das normas do sistema jurídico pertence ao âmbito dos casos meramente potenciais.” (ALEXY, 2011, p. 328). Nesse jaez, o autor cita o exemplo da proibição de furto, já que o indivíduo tem a liberdade de ação – a qual seria garantida *prima facie* pelo princípio da liberdade de ação – restringida por esta regra. Dessa forma, em caso de furto, tal princípio é superado por princípios colidentes, sendo um caso potencial de direitos fundamentais.

Dentre as críticas feitas por Alexy (2011, p. 330) com relação a teoria ampla do suporte fático, encontra-se o inegável aumento no número de colisões e concorrências entre direitos fundamentais. Além disso, o autor questiona o aumento na competência da jurisdição constitucional, defendendo que:

[...] em alguns casos uma teoria restrita pode evitar, de antemão, decisões que extrapolem a competência da jurisdição constitucional, ao determinar o conteúdo dos direitos fundamentais com base em uma concepção restrito do suporte fático; contudo, para além dos casos triviais, nos quais não há dúvidas de que o resultado de ambas as teorias será o mesmo, o preço a ser pago é muito alto. (ALEXY, 2011, p. 331)

Silva (2009, p. 244) acrescenta que “[...] a aceitação de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais implica numa extensão do âmbito de proteção de todos os direitos fundamentais e do conceito de intervenção estatal.” A extensão do âmbito de proteção, consequentemente, aumenta o número de colisões entre direitos

fundamentais, as quais só podem ser resolvidas através de sopesamento ou pela aplicação da regra da proporcionalidade (SILVA, 2009, p. 244).

5 CONCLUSÃO

Em se tratando de normas de direitos fundamentais, o suporte fático é um conceito muito importante e pouco conhecido no Brasil. Mesmo o conceito de suporte fático ainda não é unânime, já que Robert Alexy entende que o suporte fático é formado pelo âmbito de proteção e pela intervenção e Virgílio Afonso da Silva propõe um modelo alternativo, acrescentando a ausência de fundamentação constitucional.

A teoria restritiva do suporte fático abstrato deixa de garantir determinadas ações que poderiam estar previstas no âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais, já a teoria ampla protege os direitos *prima facie*, mas posteriormente possibilita o surgimento de restrições através de sopesamento e máxima da proporcionalidade.

As teorias restritiva e ampla do suporte fático abstrato possibilitam diferentes interpretações acerca de um mesmo problema, além de serem alvo de várias análises, críticas e discussões. O ponto fundamental de todo esse debate consiste na preocupação com a proteção dos direitos fundamentais para que não sejam violados ou restringidos sem que haja uma fundamentação apropriada.

Por envolver tantas nuances importantes do direito, é fundamental que as teorias envolvendo o suporte fático e seus âmbitos de atuação necessitam ser amplamente divulgadas e estudadas, a fim de ampliar o alcance das mesmas, contribuindo para o equilíbrio nas decisões judiciais.

FACTUAL SUPPORT: CONCEPTUAL ELEMENTS AND THEORIES OF NARROW AND BROAD SUPPORT FACTUAL ABSTRACT STANDARDS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This study intends to discuss the disparity in factual support concepts in the vision of Robert Alexy and Virgílio Afonso da Silva, as well as the restrictive and ampliative theories of factual support of fundamental rights.

Keywords: Factual support theories. Virgílio Afonso da Silva. Robert Alexy.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

FELLET, André Luiz Fernandes. **O suporte fático como critério distintivo entre regras e princípios e a relação entre valores e normas**. 2011. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)–Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. 279 p.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009.