

O Suporte Fático de Normas de Direitos Fundamentais The Factual Support of Norms of Fundamental Rights

Priscila Carvalho de Andrade¹

Resumo:

Este estudo, que se situa nas discussões acerca do direito constitucional e argumentação jurídica, trata dos procedimentos de justificação de decisões jurídicas a partir da noção de suporte fático de normas de direitos fundamentais. Considerando que é a ocorrência fática do que está implicitamente descrito nos textos normativos que enseja a consequência jurídica dos direitos que consagram, tem-se, por hipótese, que a análise do suporte fático das normas deve assumir papel central na fundamentação da aplicação ou do não aplicação de determinado direito em certo caso. Assim, faz-se investigação sobre o conceito de suporte fático de normas, seu papel no que se refere a direitos fundamentais e sua potencialidade no campo da argumentação jurídica. Como resultado das análises, alcança-se, através do método dedutivo, a possibilidade de construção do discurso jurídico em etapas, verificável, e que tem por efeito a concessão de proteção a direitos fundamentais na maior medida possível.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Direitos fundamentais. Suporte fático de normas. Correção. Controlabilidade de decisões jurídicas.

Abstract:

The current study, which stands in the fields of constitutional law and legal argumentation, is about the use of the concept “factual support of norms” in the justification proceedings of legal decisions. Considering that it is actually the factual occurrence of what is implicitly described in normative texts that triggers the legal consequence of the rights they declare, the factual support of norms should, by hypothesis, play a central role in the justification of the applicability or inapplicability of a right in a case. Hence, the concept of factual support of norms, its application to fundamental rights and its potential in the field of legal argumentation are in this study investigated. As a result of the analysis, conducted in accordance to the deductive approach, it is reached the possibility to construct the legal discourse in stages, in a verifiable manner, and that entails the protection of fundamental rights as extensively as possible.

Palavras-chave: Legal argumentation. Fundamental rights. Factual support of norms. Correction. Controllability of legal decisions.



¹ Graduação em andamento na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), parcialmente cursada na Universität Passau, Alemanha. Endereço eletrônico: pcarvalhodeandrade@gmail.com.

1. Introdução

A racionalidade do discurso jurídico está atrelada à fundamentação correta das premissas que conduzem à decisão jurídica. Caso se sustente uma decisão a partir de argumentos formulados com correção, há que se falar em um resultado racional, e, assim, verificável. Contrariamente, quando não se fundamenta as premissas, ou, ainda, quando não as justifica suficientemente, se atinge decisão jurídica cujo resultado não se pode controlar.

Este estudo trabalha com o conceito de suporte fático de normas, que, já bem desenvolvido em diversas áreas do direito, ainda não possui delimitado seu lugar no direito constitucional, em especial na teoria dos direitos fundamentais, tratando-se de conceito quase inexplorado pela doutrina. Considera-se que estudos nesse campo podem se revelar como sendo de grande relevo para aperfeiçoamento não só da aplicação dos direitos fundamentais, como também da teoria da argumentação no que se refere a esses direitos, uma vez que, estudando o que desencadeia, no mundo dos fatos, a aplicação de uma norma, isto é, examinando seu suporte fático, permite-se que se separe, de forma clara, no discurso, os casos em que há violação de norma, e que, portanto, sua consequência jurídica deve ocorrer, dos que se referem apenas a uma restrição permitida, hipótese em que há fundamentação constitucional para a não realização de um direito. É mesmo a ocorrência fática do que está implicitamente descrito na redação dos dispositivos constitucionais que garantem direitos fundamentais que enseja suas aplicações, e, por isso, esse é o fenômeno que deve prevalecer na construção da fundamentação da aplicabilidade ou não aplicabilidade de certo dispositivo constitucional em um determinado caso concreto. Quer dizer: debruçar-se sobre a teoria do suporte fático na perspectiva constitucional significa, por hipótese, lançar mão de uma técnica racional, aplicável em etapas, e, portanto, verificável, para dizer onde há e onde não há direito no discurso jurídico.

Sendo assim, pretende-se, neste trabalho, a partir do método dedutivo, demonstrar a potencialidade da noção de suporte fático no campo da argumentação jurídica. Considera-se, por hipótese, que as fundamentações sobre aplicação ou afastamento de direitos fundamentais devem avançar em correção se estruturadas a partir de uma compreensão sistemática do suporte fático das normas que consagram esses direitos. A partir das circunstâncias fáticas do caso concreto cujos exames são exigidos pela noção de suporte fático que aqui será apresentado, é possível que se demonstre, objetivamente, a incidência de normas em um caso concreto, e, por consequência, que se identifique eventuais colisões normativas.

Para o desenvolvimento deste estudo, é imperioso que se aceitem os pressupostos teóricos desenvolvidos por Robert Alexy em sua teoria dos princípios, que estão

indissociavelmente ligados à adoção de uma teoria de suporte fático amplo, como se verá adiante. Nesse sentido, é necessário considerar o caráter principiológico das normas que preveem direitos fundamentais, o que faz com que esses possam ser concretizados em graus, segundo as condições fáticas e jurídicas, sendo, por isso, considerados *mandamentos de otimização*. Assim, se diz que normas-princípio guardam direitos *prima facie*, e têm suas colisões solucionadas através da determinação de regras de prevalência no caso concreto, estabelecidas por ponderação. Diferentemente, as chamadas normas-regra guardam direitos *definitivos*, e, por isso, têm seus conflitos solucionados no campo da validade, em que ou se elimina uma delas ou se cria uma regra de exceção, sendo impossível sua realização apenas parcial. Como será verificado, é a partir da noção de suporte fático que aqui se defende, em sua acepção ampla, que a teoria de Alexy encontra espaço para sua aplicabilidade, o que não ocorreria, contrariamente, caso se adotasse o conceito em seu sentido estrito.

Este trabalho se estrutura em três tópicos de desenvolvimento. No primeiro, se discute o papel da análise das circunstâncias fáticas na fundamentação de decisões jurídicas. No segundo, se apresenta o conceito de suporte fático, bem como se examina seus elementos. No terceiro, finalmente, se demonstra de que maneira a noção de suporte fático pode auxiliar na investigação da incidência de normas em uma caso concreto.

2. O papel da análise sobre as circunstâncias fáticas nos processos de justificação de decisões jurídicas

Hodiernamente, tem-se, em grande parte dos estudos sobre metodologia, que a jurisprudência não pode dispensar as chamadas *valorações*. Esse termo, usado com frequência em teorias da decisão, é utilizado para designar a ação de *preferir*, em situações em que resta ao intérprete um campo de ação no qual deve-se escolher entre as várias soluções possíveis para o caso, a partir de normas jurídicas e metodológicas. Segundo a definição trazida pela *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2012), tem-se a relação entre valorações e preferências extraída a partir da utilidade atribuída ao objeto, e expressa pela pelo enunciado lógico que segue:

Preferences can be interpreted as expressions of value. $A > B$ then means that more value is assigned to A than to B , and $A \sim B$ that the same value is assigned to the two. Values are usually taken to be adequately expressible in numerical terms. Let u (as in “utility”) be a value function that assigns a real number to each element of the alternative set. We can then construct a model of preference logic in the following way:
 $A > B$ iff $u(A) > u(B)$ (Exact value representation)”

As valorações, que anunciam, portanto, um estado de coisas preferido em detrimento de outro, são ditas necessárias, especialmente, quando não resta claro da observação das normas vigentes como se deve decidir, isto é, quando não há certeza sobre qual norma se deve aplicar em um caso, em um contexto em que, aparentemente, mais de uma se aplicam. Tais valorações necessárias, como informa Robert Alexy (2005, p.40), mesmo havendo discussão na literatura especializada se são de caráter moral ou não, sempre são, ao menos, *relevantes moralmente*. Apesar disso, não se pode admitir que essas valorizações, necessárias e relevantes moralmente, abram um espaço livre para aplicação de convicções morais subjetivas do intérprete e que essas sirvam de fundamento para a tomada de uma decisão jurídica. É necessário *objetivar* tais valorações, o que implica na correção da atribuição da “*utility*”, e sobre isso vem se debruçando a teoria da argumentação jurídica moderna.

A objetivação das valorações utilizadas pelos intérpretes pode se dar através do uso “valores da comunidade” e do “sistema interno de valorações do ordenamento jurídico” e, por vezes, até mesmo com o apelo a enunciados de direito natural (ALEXY, 2005, p. 40-43). As convicções derivadas dessas três vias de obtenção de valorações objetivadas podem ser admitidas no processo decisório e sua consideração se revela, sim, legítima. Quer dizer: tanto as concepções da coletividade, quanto diretrizes postas pelo ordenamento jurídico como um todo e, em especial, pela Constituição, bem como premissas jusnaturalistas, podem constar do processo decisório. Não podem, contudo, exclusivamente sustentá-lo. Conforme Alexy (2005, p. 41-42), é impossível que se determinem os valores da coletividade com exatidão, não sendo concretos o suficiente para, por si só, fundamentarem uma decisão; o sistema interno de valorações do ordenamento jurídico também é impreciso, e muitas vezes não se pode nem mesmo verificar com clareza quais são os valores contidos em uma norma, sem mencionar que essas, com frequência, cristalizam pontos de vistas valorativos contraditórios entre si; igualmente, enunciados de direito natural não raro incluem premissas incertas e discutíveis. Sendo assim, valorações, sozinhas, ainda que objetivadas geram fundamentações insuficientes e imprecisas sobre a aplicabilidade de um direito em um caso concreto. Disso decorre a inviabilização da controlabilidade de decisões jurídicas, já que, se assentadas preponderantemente sobre valorações, dificilmente podem ser demonstradas de maneira lógica, verificável. Isso é, caso se justifique a aplicação de uma norma em um caso a partir de valorações sobre ela construídas, através da consideração dos valores da comunidade, do sistema interno de valorações do ordenamento jurídico e de enunciados de direito natural, se nega aos jurisdicionados o controle da correção da decisão.

Sendo assim, considerando a insuficiência das valorações sobre normas para fundamentar a aplicação ou não aplicação de direitos, em razão de seu descomprometimento com a realidade dos fatos, se dedica este estudo ao papel da análise das circunstâncias dos casos concretos nos processos de justificações de decisões jurídicas.

A relevância da investigação sobre o suporte fático de normas é evidente no que se refere à incidência normativa, e, assim, especialmente, à existência de colisões principiológicas em determinado caso. São as circunstâncias empíricas das situações fáticas que determinam o embate entre normas, e, portanto, se não se conhece, com alguma profundidade, tais circunstâncias, não se pode também vislumbrar os conflitos. Direitos fundamentais são normas-princípio, sendo, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, por definição, possuem tendência expansiva, o que facilita a ocorrência de colisões com outras normas do ordenamento jurídico. Da teoria das normas de Robert Alexy (2009, p.85-176), constata-se, como sendo indispensável para o estabelecimento de regras de precedência, isto é, para *solução* de conflitos normativos, o exame do caso concreto. Isso se torna explícito quando se percebe que um dado princípio prevalece (P) sobre outro apenas à luz de um dado caso, sem que aquele que foi aplicado em medida menor, o “vencido” na ponderação, seja expulso do ordenamento jurídico; quer dizer, o fato de que $(P^1 \succ P^2) \text{ em } C^1$, em que C é tanto a condição de uma relação de precedência, quanto o pressuposto do suporte fático da regra:

‘verificadas as condições C^1 , a aplicação de P^1 prevalece em detrimento de P^2 , no exata proporção em que a proteção de P^1 se faz mais importante do que a de P^2 em C^1 ’,

não impede que, em um caso C^2 , $P^2 \succ P^1$, já que diferentes circunstâncias fáticas demandam diferentes soluções normativas. Se, contudo, são ignoradas as circunstâncias concretas e se procede com a ponderação apenas através de valorações, conforme antes analisadas, a tendência é que, nas soluções de conflitos, *sempre* prevaleçam aquelas normas que, segundo as convicções das ordens anteriormente mencionadas, já foram cristalizados, em abstrato, como sendo os mais importantes, independentemente do caso em análise. Sendo assim, decisões que se baseiam apenas em valorizações sobre normas tendem a tratar certos direitos fundamentais como sendo absolutos, razão pela qual pulsa a necessidade do exame do suporte fático nos procedimentos de justificação do discurso jurídico quanto a aplicabilidade ou não aplicabilidade de certa norma de direito fundamental em dado caso.

Faz-se mister ressaltar, neste ponto, que, por óbvio, o que aqui se defende não é que os Tribunais Constitucionais - no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) - devam revolver matéria de provas em grau recursal. Na jurisdição brasileira, conforme se sabe, quando

exerce o STF sua competência para julgamento de recursos, restam as circunstâncias do fato, ao chegar ao Tribunal, já consolidadas pelo arcabouço probatório produzido nas instâncias inferiores, e, por isso, no sistema recursal brasileiro, não se admite que se argua matérias de provas no referido órgão da jurisdição. Não obstante, nos limites do fato, nas peculiaridades do caso, na individualização fática do ocorrido, traçadas anteriormente e trazidas ao conhecimento dos ministros através dos relatórios, há circunstâncias que não podem ser ignoradas na fundamentação das decisões, pois, como já visto, apenas à luz delas se podem aplicar normas-princípio. Seria um contrassenso dizer que o Tribunal Constitucional brasileiro, protetor da Constituição, cujo conteúdo é caracterizado pela predominância de normas-princípio, não processa técnicas de aplicação próprias desse tipo de norma, como a ponderação, pois, no sistema brasileiro, o STF não pode considerar questões de ordem fática. Revela-se equivocado tal entendimento, na medida em que há uma sutil diferença entre reapreciação da matéria fática, que visaria alterar seus contornos, e a consideração, ainda que em um nível mínimo, das circunstâncias do caso para fins de fundamentação.

3. O conceito de suporte fático e seus elementos

A análise do suporte fático equivale à investigação sobre a *incidência normativa*. A condição para a ocorrência da consequência jurídica de certa norma em determinado caso é o preenchimento de seu suporte fático. O desenvolvimento técnico da noção de suporte fático alcançou níveis de notável sofisticação em alguns âmbitos da Ciência do Direito, como é o caso do direito penal, em que o suporte fático é facilmente identificado como o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. A partir de uma operação intelectual de conexão entre a possibilidade infinita de ocorrência de fatos no mundo e o modelo típico descrito em lei, tem-se o juízo de tipicidade, que, se positivo, fundamenta a análise dos outros componentes do conceito analítico de crime. Também no direito tributário encontra-se a noção de suporte fático sob a denominação de fato gerador, que consiste no fato ou no conjunto de fatos que o legislador define na lei para o nascimento da obrigação tributária. Assim, percebe-se o importante papel do conceito de suporte fático em tais áreas do direito, visto que é a partir dele que as normas encontram sua aplicabilidade. Contudo, não obstante a clareza desse conceito nos referidos ramos, no direito constitucional a noção de suporte fático ainda se encontra em estado de atrofia.

Analisando as disposições penais, a definição de suporte fático é razoavelmente simples, e talvez por isso essa noção encontra grande espaço nesse ramo do direito. Com a redação do

art. 121 do Código Penal, por exemplo, segundo o qual “Matar alguém: Pena – reclusão de seis a vinte anos”, não há dificuldade em delimitar o suporte fático da norma, que poderá ter, segundo o exame do juízo de tipicidade, isolado dos demais elementos do conceito analítico de crime, sua consequência jurídica aplicada quando o fenômeno descrito no dispositivo for verificado no mundo dos fatos; quer dizer, quando alguém for morto por outra pessoa. Diversamente, no que se refere a disposições que consagram direitos fundamentais, percebe-se que a noção de suporte fático não resta assim tão bem evidenciada, visto que as redações constitucionais que positivam tais direitos não deixam explícita suas relações com o mundo naturalístico. Não é intuitiva a definição do conceito de suporte fático para uma norma cuja disposição consiste em, por exemplo, “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, como previsto pelo art. 205 da CF. É preciso, então, analisar a redação construída pelos constituintes originário e derivado, à luz da teoria dos direitos fundamentais, para que se possa vislumbrar a definição de suporte fático aplicável a tais dispositivos.

Transportando os entendimentos encontrados nos ramos do direito que trabalham largamente com teorias sobre o suporte fático para o âmbito do direito constitucional, e, mais precisamente, para a teoria dos direitos fundamentais, se percebe, imediatamente, a presença do chamado *âmbito de proteção* das normas fundamentais nesse conceito, sendo esse o elemento mais facilmente detectado da noção de suporte fático com a qual nesse estudo se trabalha. É evidente que somente se terá a consequência jurídica de uma dada norma se o acontecimento no mundo da vida se referir a atos, fatos ou estados por ela protegidos. Dessa forma, se se identifica o âmbito de proteção como elemento de um conceito de suporte fático quando esse está voltado para os direitos fundamentais, percebe-se a essencial implicação prática de sua delimitação já pela relevância de um de seus elementos para aplicação de normas. A verificação da existência de colisões, por exemplo, e possibilidade de criação de regras de prevalência, que determina, no caso concreto, qual das normas será atendida em maior grau, sem, contudo, destacar a outra do ordenamento jurídico, está intimamente ligada à delimitação de âmbitos de proteção das normas colidentes, mas não só dela depende. Isto é, para se verificar e solucionar colisões entre normas, não é suficiente a análise de seus âmbitos de proteção, sendo necessário encarar a matéria mais ampla do suporte fático.

Levando em conta, portanto, que o suporte fático engloba o âmbito de proteção de uma norma, mas não é com ele confundido, como é comumente imaginado, deve-se considerar os

outros elementos que o compõe, cujas presenças não são tão facilmente extraídas. Neste estudo, se adota a fórmula lógica *se APx e não-FC(IEx), então CJx* apresentada por Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 75). Para que esse modelo seja adequado ao estudo, seus elementos devem ser entendidos da seguinte maneira:

a) *AP = âmbito de proteção:*

Engloba os atos, fatos, estados ou posições jurídicas que fomentam a realização do direito, e que, portanto, estão protegidos pela norma. Se se considera o chamado (1) âmbito de proteção *restrito*, significa que se exclui, de antemão, certos atos, fatos, estados e posições do âmbito de proteção de uma norma que protege um direito fundamental através de uma “triagem prévia”. Nessa triagem, se define a não-garantia de algumas condutas, que, em abstrato, poderiam ser subsumidas no âmbito de proteção dessa norma. Contrariamente, ao tratar de um (2) âmbito de proteção *amplo*, todos os atos, fatos, estados e posições que, em uma análise isolada de qualquer outra variável, seja ela de caráter moral, legal ou proporcional, possam ser reconduzidos ao “âmbito temático” de um determinado direito fundamental estão incluídos em seu âmbito de proteção. No presente estudo, se adota a noção de um âmbito de proteção amplo (2), garantindo um maior grau de proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, se considera dentro do âmbito de proteção de uma norma o que é protegido *prima facie* por um direito, diferentemente do que ocorre com estudos que adotam a essa noção em sua acepção *restrita* (1), em que o que está no âmbito de proteção é *definitivamente* protegido. Ao adotar (2), admite-se a ocorrência de colisões normativas, visto que âmbitos de proteção amplos facilmente esbarram um no outro, e, ao mesmo tempo, permite-se a realização de sopesamentos para que se solucione eventuais colisões, visto que é possível, em (2), a restrição da aplicação de uma certa norma-princípio sem que essa seja expulsa do ordenamento. Não é possível concluir que, ao adotar uma concepção ampla de âmbito de proteção de direitos fundamentais, se reconhece seu caráter absoluto, pois, ao identificar os atos, os fatos, os estados e posições incluídos nesse âmbito apenas se identifica o que é *prima facie* protegido, restando possíveis eventuais restrições fundamentadas, conforme a teoria dos princípios de Alexy (2009, p. 85-176).

Na fórmula-lógica com a qual nesse estudo se trabalha, *se APx e não-FC(IEx), então CJx*, *APx* deve ser entendido da seguinte maneira: *x* é ato, fato, estado ou posição jurídica que está incluído no âmbito de proteção do direito fundamental que se analisa, pois *x* pode ser reconduzido ao seu “âmbito temático”.

b) *IE = intervenção estatal:*

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 77), em se tratando de liberdades públicas, “intervir” significa agir de forma restritiva, enquanto na esfera dos direitos sociais “intervir” é não agir ou agir de forma insuficiente. Ressalva-se aqui, contudo, que melhor entendimento para esse elemento do conceito de suporte fático seria a noção de *obstaculização* do direito protegido pela norma, que pode ocorrer tanto através de uma ação quanto de uma omissão, independentemente de se tratar de direito de liberdades ou direitos sociais, afinal, como é contemporaneamente admitido, direitos fundamentais possuem, ao mesmo tempo, uma dimensão positiva, suscetível a *omissões*, e, ainda, uma dimensão negativa, ferida através de *ações restritivas*. Dessa forma, ao considerar a coexistência de duas dimensões nos direitos fundamentais, admite-se, automaticamente, a possibilidade de sua violação através tanto de uma omissão quanto de uma ação. Assim, neste trabalho, se considera “intervenção estatal” não somente as ações restritivas no que se refere às liberdades, mas também as omissões que as afetam; ao mesmo tempo, configuram “intervenção estatal” não somente as omissões do Poder Público no que se refere a direitos sociais, mas também as ações, capazes, igualmente, de obstaculizar a realização desses direitos. Essa é, portanto, uma noção que confere aos direitos fundamentais proteção mais extensa.

Assim como o conceito de âmbito de proteção, intervenção estatal também pode ser encarada sob uma ótica mais restrita ou mais ampla. A noção de intervenção em sua (1’) acepção *restrita*, deve ser desenvolvida de antemão, em lista exaustiva de tudo que ela configura, ao passo que, intervenção em (2’) acepção *ampla*, compreende, na esteira de Virgílio Afonso da Silva (2009, p.112), todas as mínimas regulamentações relativas à forma de exercício de um direito, isto é, toda potencial restrição ao âmbito de proteção de uma norma, como, por exemplo, a determinação, para seu exercício, de horário, local, modo e etc. Ao se adotar combinadamente (1), quer dizer, âmbito de proteção restrito, e (1’), a saber, intervenção estatal restrita, trabalha-se com o conceito de suporte fático também restrito, em que não há que se falar em restrição a direitos fundamentais ou sopesamentos entre princípios. Nunca se configura situação de colisão entre normas, pois, para essa teoria, os âmbitos de proteção já estão, de antemão, delimitados, e duas delas, simultaneamente, por questões de coesão do ordenamento jurídico, não poderiam proteger e violar *x*, respectivamente, ou se teria configurado o fenômeno da antinomia – contrariedade ou contraditoriedade –, resolvida pelos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade, e não através de ponderação, como ocorreria se ambas tratassem de uma posição jurídica *x* em caráter *prima facie*. Também, para

essa acepção, não há o ônus argumentativo do aplicador para fundamentar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma intervenção i , pois ou i está dentre as intervenções que, de antemão, se definiram como prejudiciais ao direito ou não está. Então,

(1) + (1') = suporte fático restrito, em que atos, fatos, estados e posições estão definitivamente protegidos por um direito fundamental, e em que o rol de intervenções (i) que podem atingi-lo é taxativo.

Neste estudo, contudo, adota-se (2) e (2'), cujo produto é um suporte fático amplo. Um suporte fático amplo confere aos direitos fundamentais o maior grau de proteção *possível* ao ampliar o espectro do que é x , e, ao mesmo tempo, ao exigir, em *todas* as situações, como pressuposto para o aceite de intervenções em direitos, ônus argumentativo para o aplicador. Isto é, há a obrigatoriedade de fundamentação quanto à constitucionalidade de toda e qualquer intervenção em direitos fundamentais, por menores que sejam. A formulação lógica APx e *não-FC(IE x)*, então CJx destaca a essencialidade do exame das fundamentações das intervenções em direitos, já que, se se retira a negação antes de FC, se tem uma ação, posição ou estado, protegida, *prima facie*, por um direito fundamental, que sofreu uma intervenção estatal *fundamentada*, e, portanto, permitida. Não obstante, para que se decida pela constitucionalidade da restrição posta pela intervenção estatal, é exigido pela acepção ampla de suporte fático grande esforço argumentativo do aplicador para demonstrar a existência de fundamentação para as mínimas intervenções, o que não ocorre se se adota o conceito de suporte fático em seu sentido restrito. Além disso, no que se refere a conflito entre normas, é na acepção ampla de suporte fático que o caso concreto ganha relevância, já que é a partir dele que juízos de ponderação deverão ser empregados para delimitar, à luz das circunstâncias fáticas, qual norma princípio deve ser aplicada em maior medida. Nessa acepção ampla, colisões entre princípios, por sua tendência expansiva, conferido pelo seu âmbito de proteção amplo, são frequentes. Então,

(2) + (2') = suporte fático amplo, em que todos os atos, fatos estados e posições abstratamente passíveis de recondução ao âmbito temático de um direito fundamental é por ele, *prima facie*, protegido, e que exige fundamentação constitucional para que qualquer intervenção a ele imposta seja aceita.

A adoção, em termos de prática judicial, portanto, de um suporte fático restrito ou amplo implica no deslocamento de concentração argumentativa. Caso se reconheça o restrito, a principal tarefa do aplicador é identificar o que se inclui e, portanto, o que se exclui do âmbito

de proteção de cada direito fundamental, bem como determinar qual é a extensão do conceito de intervenção estatal. Se, contrariamente, se admite o suporte fático amplo, o aplicador estará isento de tais tarefas, restando a carga da argumentação concentrada no momento da justificação da intervenção. É a partir da fundamentação que se determina se certa intervenção em direito fundamental é ou não aceita, segundo a Constituição (SILVA, 2009, p. 94). Nesse sentido, da fórmula-lógica, *se APx e não-FC(IE)x, então CJx*, extrai-se que, para que o suporte fático se preencha, é necessário que a intervenção estatal que, através de ação ou omissão, obstaculizou a realização do direito, por atingir algo que pertença ao âmbito de proteção da norma (*x*), *não* possua fundamentação constitucional, configurando uma *violação inconstitucional de direito*, ao passo que, na hipótese de haver *FC*, está-se diante apenas de uma *restrição constitucionalmente aceita*, razão pela qual não ocorre a *CJx*. Isto é, para que a consequência jurídica ocorra, é preciso que não seja possível fundamentar a omissão, o agir insuficiente ou o agir restritivo com base na Constituição.

c) *CJx = consequência jurídica*

A consequência jurídica é o que ocorre quando o suporte fático de uma norma é preenchido. Se, no caso em questão, a intervenção estatal é uma omissão ou ação insuficiente em relação a *x*, que pertence ao âmbito de proteção de uma norma, a consequência jurídica é a exigência de realizar *x* ou realizar *x* de forma completa. Se, contrariamente, a intervenção estatal que prejudica a realização do direito fundamental é uma ação restritiva com relação a *x*, a consequência jurídica é a exigência de abstenção estatal no que se refere a *x*.

Em resumo, não obstante a redação pouco comprometida com mundo dos fatos das normas de direitos fundamentais, pode-se concluir acerca de seus suportes fáticos: sendo *x* uma posição, positiva ou negativa, que fomente um direito fundamental por estar no âmbito de proteção da norma que o consagra (*APx*), e se a intervenção estatal, revelada em uma omissão, omissão parcial ou ação restritiva, que obstaculiza a realização do direito por ser contrária a *x*, *não* possui fundamento constitucional *{não-FC(IE)x}*, o suporte fático abstrato da norma é preenchido por sua realização em concreto, e, assim, há a consequência jurídica (*CJx*), que deve ser realizar *x*, se a intervenção estatal for omissão total ou parcial, ou, ainda, abster com relação à *x*, se a intervenção estatal for uma ação restritiva.

4. A análise do suporte fático de normas como instrumento para a definição da

incidência normativa e sua fundamentação

Na apuração da incidência normativa, uma argumentação baseada em valorações sobre normas apenas se restringe ao exame da partícula APx da fórmula *se APx e não- $FC(IEx)$, então CJx* , ignorando as demais. Assim, quando percebido que x pode ser reconduzido ao AP de um direito, em uma análise de âmbito temático, entende-se que esse direito deve ser aplicado, vez que a) há relação entre o caso e a norma; b) é possível que se formulem valorações sobre a norma que indicam a essencialidade, em abstrato, do direito que protege. Não obstante, defende-se que, para a determinação da incidência normativa, além de AP e x , deve-se analisar outro elemento indispensável do caso concreto, a IEx , de forma que um direito apenas se aplicará a um caso se x , protegido em seu AP , foi violado por IE , que não possui fundamentação constitucional para ter ocorrido. Uma norma incide em determinado caso, porque seu suporte fático, tomadas as circunstâncias, se preencheu, e não apenas porque se verificou relação temática entre um direito e o objeto da ação que se decide e a essencialidade do direito segundo convicções subjetivas e objetivas antes analisadas.

Assim, tendo em vista a potencialidade da teoria do suporte fático de aproximar os fatos e atos descritos em abstrato, quer dizer, a norma, e a sua ocorrência no mundo da vida, pretende-se aqui fortificar a correção do discurso, atrelando-o à noção de suporte fático, de modo a (a) abrir espaço para a racionalização na construção de fundamentos, que significa controlabilidade das decisões judiciais, (b) e imbricar tais fundamentos às circunstâncias do caso concreto, facilitando a identificação das normas aplicáveis, das eventuais colisões entre direitos fundamentais, bem como suas corretas soluções, que, idealmente, se apoiam não somente em valorações sobre normas.

Desmembrando-se a fórmula lógica *APx e não- $FC(IEx)$, então CJx* , e tendo em vista a estrutura de direitos fundamentais, deve-se analisar:

(1) O que é x ?

A resposta para tal pergunta revela os atos, fatos, estados, condições ou posições em discussão em uma determinada ação judicial sobre direitos fundamentais. Em última análise, x é o objeto da “intervenção estatal” discutida. Em uma ação que verse, a título ilustrativo, sobre concessão de tratamento médico, x é o tratamento médico. Se denomina “*não- x* ”, neste estudo, a posição contrária a x , isto é, no exemplo dado, o “*não tratamento médico*”, de forma que *não- x* representa a negação da concessão.

(2) *Quais normas fundamentais protegem x?*

Neste estágio, devem ser suscitadas todas aquelas normas que, *prima facie*, guardam *x* em seu âmbito de proteção. Considerando um âmbito de proteção amplo – que pode conduzir a um suporte fático também amplo –, as normas nesta etapa levantadas são todas aquelas a cujos âmbitos temáticos *x* pode ser conduzido, em um análise abstrata, isolada e irrestrita, quer dizer, livre de qualquer variável e sem exclusões prévias.

Da resposta, é possível que se extraiam duas regras distintas, a saber:

- (a) Se *x* está *prima facie* protegido pela(s) norma(s) *a(b,c,...)*, é possível que *x* deva ser realizado.
- (b) Se *não-x* está *prima facie* protegido pela(s) norma(s) *w(y,z,...)*, é possível que *x* deva ser absterido.

Havendo apenas a formulação da regra produzida em (a), pode-se dizer que todos os direitos protetores de *x* exigem uma prestação positiva do Estado e, por isso, não há colisão, pois, mesmo que *a, b, c...* demandem *x* em extensões diferentes, todos o demandam, e sua realização deve se dar na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas. É provável que a(s) norma(s) *a(b,c,...)* consagre(m), portanto, direito(s) social(ais), apesar de ser possível que essa (algumas ou todas) expresse(m) direito(s) de liberdade, em que *x* esteja no âmbito de sua dimensão positiva.

Se, contrariamente, no caso concreto, for necessária a formação não só da regra expressa em (a), mas também da descrita em (b), há um *indício* de configuração de uma colisão, pois *a(b,c,d...)* e *w(y,z,...)* demandam posições contrárias do Estado no que se refere a *x*.

Se se identifica uma pluralidade de direitos que protegem *x* e também *não-x*, é necessário que a análise siga para todos, tornando imperioso que as perguntas subsequentes sejam respondidas para cada um deles, em separado. Isso é especialmente relevante nos casos em que, além de (a), se formulou também a regra disposta em (b), pois é possível que se configure, neste caso, uma colisão de normas. Não é possível dizer que essa já exista, pois, neste estágio, ainda não se sabe se as normas são aplicáveis ao caso concreto, pois nenhum dos suportes fáticos, até aqui, foi preenchido.

(3) *O que é a intervenção estatal?*

Para a situação que gera (a), intervenção estatal é a ação, omissão total ou parcial *i* do Estado, que obstaculiza a realização de *x*, protegido pelo(s) direito(s) fundamentais *a(b,c...)*.

Isso é, i é o que descumpre a regra posta em (a). No exemplo sobre a concessão de tratamento médico, é a intervenção estatal a omissão, que embaraça, potencialmente, o direito à saúde.

Já em (b), essa mesma intervenção i , que constitui obstáculo ao(s) direito(s) fundamental(ais) $a(b,c...)$, fomenta o(s) direito(s) fundamental(ais) $w(y,z...)$. Em uma situação em que, simultaneamente, há formação das regras descritas em (a) e (b), portanto, como já dito em (2), há uma possível colisão das normas, pois a mesma posição do Estado i , não pode respeitar os direitos envolvidos em (a) e em (b) ao mesmo tempo, pois um, o expresso em (a), exige uma atuação positiva com relação a x , enquanto o outro, disposto em (b), exige uma posição negativa ($n\tilde{a}o-x$).

Considerando a intervenção estatal i em direitos fundamentais, pode-se complementar as regras anteriormente construídas:

- (c) Se x está *prima facie* protegido pela(s) norma(s) $a(b,c...)$, é possível que x deva ser realizado, sendo que a intervenção i , que nega x , é *prima facie* proibida.
- (d) Se $n\tilde{a}o-x$ está *prima facie* protegido pela(s) norma(s) $w(y,z...)$, é possível que x deva ser absterido, sendo que a intervenção i , que nega x , é *prima facie* obrigatória.

Se, em um mesmo caso, há necessidade de construção das duas regras, e não só as expressa em (c), é possível afirmar que há uma *provável* colisão de direitos fundamentais no caso em exame – que só poderá ser confirmada ao final dessa análise, vencidas todas as etapas –, cuja identificação, defende-se, depende da análise prévia da fórmula *se APx e n\tilde{a}o-FC(IEx), ent\tilde{a}o Cjx*, e cuja *solu\c{c}\~{a}o* se apoia nas informações fornecidas pelo estudo das partículas que compõem a referida fórmula. Formadas ambas as regras descritas no estágio (3), (c) e (d), pode-se dizer, com maior segurança da que havia em (2), que a colisão entre normas deve se formar, já que, aqui, se tem em vista um elemento do suporte fático que em (2) ainda não se cogitava. Assim, pode-se concluir que, quanto mais avançada for a etapa do roteiro em que se esteja, mais certeza há quanto a formação de um eventual conflito normativo entre as normas-princípios sobre as quais as regras (c) e (d) versam.

(4) *A intervenção estatal i , e, por consequência, sua negação $n\tilde{a}o-i$, possuem fundamentação constitucional?*

A resposta para essa pergunta depende de análise sistemática dos textos constitucionais.

No caso de resposta afirmativa para a pergunta em (4), a intervenção estatal i quanto aos direitos fundamentais que se estuda em determinada ação judicial deve ser admitida,

constituindo restrição permitida aos direitos em análise. Contrariamente, se negativa a resposta, trata-se de intervenção estatal *i* que, injustamente, restringe direito fundamental. Nesse caso, a possibilidade de configuração de colisão entre direitos subsiste.

Assim, existem as seguintes possibilidades, distinguidas em duas situações, a saber:

(e) Se *x* está *prima facie* protegido pela(s) norma(s) *a(b,c,...)*, é possível que *x* deva ser realizado, sendo que a intervenção *i*, que nega *x*, mas possui fundamentação constitucional, é *definitivamente* permitida.

Conclusão: a intervenção *i* é *permitida*, ainda que *a(b,c,...)* exija(m) *não-i* para a realização de *x*.

(f) Se *não-x* está *prima facie* protegido pela(s) norma(s) *w(y,z,...)*, é possível que *x* deva ser absterido, sendo que a intervenção *i*, que nega *x* e possui fundamentação constitucional, é *definitivamente* obrigatória.

Conclusão: a intervenção *i* é *obrigatória*, já que *w(y,z,...)* exige(m) *i* para negar *x* (isto é, *não-x*).

Nessa hipótese, em que há fundamento constitucional para a obstaculização de direito *a (b, c ...)* no que se refere a *x*, como manifestado em (e), a colisão de direitos fundamentais não persiste. Isso ocorre pois os mandamentos definitivos extraídos das regras, a saber, permissão e obrigação, sendo figuras de qualificação normativa subalternas, são perfeitamente harmonizáveis, no sentido de que, se se presume que a obrigatoriedade intervenção *i* posta em (f) é verdadeira, deduz-se a verdade também da permissão expressa em (e). Há uma relação de implicação necessária entre a obrigatoriedade e a permissão no sentido de que, ao se assumir a verdade de (f) se admite também (e), e, por isso, não há antinomia. (BOBBIO, 1999, p.84).

Contrariamente, tem-se:

(g) Se *x* está *prima facie* protegido pela(s) norma(s) *a(b,c,...)*, é possível que *x* deva ser realizado, sendo que a intervenção *i*, que nega *x* e não possui fundamentação constitucional, é *definitivamente* proibida.

Conclusão: a intervenção *i* é *proibida*, e *a(b,c,...)* exige(m) *não-i* para que se realize *x*.

(h) Se *não-x* está *prima facie* protegido pela(s) norma(s) *w(y,z,...)*, é possível que *x* deva ser absterido, sendo que a intervenção *não-i*, que realiza *x* e não possui fundamentação constitucional, é *definitivamente* proibida.

Conclusão: a intervenção *i* é obrigatória, e $w(y,z...)$ exige(m) *i* para que se negue *x* (isto é, *não-x*).

Neste caso, houve preenchimento do suporte fático tanto da(s) norma(s) $a(b,c...)$, quanto da(s) $w(y,z...)$. O fato de não haver fundamentação constitucional para a postura *i* do Estado, que bloqueia a realização de direito social quanto a *x*, torna *i* uma restrição proibida na perspectiva de $a(b,c...)$, de modo que essas normas exigem *não-i*. Apesar disso, caso se resolva a demanda judicial com a obrigatoriedade de *não-i*, se restringe a(s) norma(s) $w(y,z...)$. Se há fundamentação constitucional para a restrição, não há problema, pois os suportes fáticos das referidas normas não se preencheriam. Em (h), contudo, trabalha-se com a hipótese de que não haja fundamentação para a intervenção, de modo a configurar a colisão, uma vez que não se pode conciliar a proibição de *i* determinada em (g) com a obrigação de *i* que se exige em (h). Há, na esteira de Norberto Bobbio, um relação de contrariedade estabelecida entre as regras expressas em (g) e (h), o que determina a *antinomia*, de modo que ambas não podem ser verdadeiras, mas podem ser, as duas ou apenas uma, falsas (1999, p.81-114). Como os critérios de resolução de antinomia – cronológico, hierárquico, e de especialidade - não possuem aplicabilidade para (g) e (h), Bobbio afirma que a solução do conflito deve ser confiada à liberdade do intérprete, já que, de fato, há casos em que nenhum dos critérios por ele apresentados são suficientes para solucionar a antinomia (1999, p.100). Ocorre que as normas que deram origem as regras elaboradas, as quais demonstram a colisão, são normas-princípio, de modo que o aplicador deve se voltar, obrigatoriamente, para técnica hermenêutica da proporcionalidade com relação a $a(b,c,d...)$ e $w(y,z...)$.

(5) *Deve haver consequência jurídica?*

Se, da resposta em (4), chegou-se as regras expressas em (e) e (f), o suporte fático da(s) norma(s) do(s) direito(s) em debate, isso é, $a(b,c,d...)$, não foi preenchido, e, por isso, não se deve falar no desencadeamento da(s) consequência(s) jurídica(s) do(s) direito(s) analisado(s), sendo esse o sentido que deve ser seguido pela decisão.

Contrariamente, se a regra formulada no estágio (4) foi aquela descrita em (g), ou, ainda, foram, simultaneamente, as expressas em (g) e (h), os suportes fáticos dos direitos envolvidos na ação se preencheram, e, por isso, deve-se proceder ao estágio (5), em que considera a *CJx*.

Assim, há as seguintes possibilidades:

- Se, da resposta em (4), apenas se formulou a regra em (g), resta a seguinte regra final:
(i) Se *x* está protegido pela(s) norma(s) $a(b,c...)$, *x* deve ser realizado (*CJx*), sendo a

intervenção *i*, que nega *x* e não possui fundamentação constitucional, *definitivamente* proibida.

Nesse caso, a decisão judicial deve apontar para a submissão do Poder Público à consequência jurídica da(s) norma(s) em análise; quer dizer, o Estado deve ser condenado a realizar *x*.

- Por outro lado, se, da resposta em (4), se formulou as regras (g) e também (h), restam as regras finais em (5):

(j) Se *x* está protegido pela(s) norma(s) *a(b,c...)*, *x* deve ser realizado (*CJx*), sendo a permissão da intervenção *i*, que nega *x* e não possui fundamentação constitucional, *definitivamente* proibida.

Conclusão: *a intervenção i é proibida; a(b,c,d...) exige(m) a intervenção não-i para que se realize x.*

(k) Se *não-x* está protegido pela(s) norma(s) *w(y,z...)*, *x* deve ser absterido (*CJx*), sendo que a intervenção *não-i*, que realiza *x* e não possui fundamentação constitucional, é *definitivamente* proibida.

Conclusão: *a intervenção i é obrigatória, de modo a negar x (isto é, não-x).*

Nessa última hipótese, resta confirmada a colisão de direitos fundamentais, identificada pela aplicação da noção de suporte fático, e para solução da qual a análise demonstrada possui grande relevo, visto que dela levantam-se as circunstâncias do caso concreto relevantes para que se proceda com os juízos de ponderação, nos quais se confrontam os direitos expressos pelas normas *a(b,c...)* e, de outro lado, *w(y,z...)*.

Tendo em vista, portanto, a hipótese que implicou na formação das regras descritas em (j) e (k), tem-se a colisão principiológica:

[se x está no AP de a(b,c...) e não-FC(i em x), então CJ de a(b,c...) para não-x]¹ X
[se não-x está no AP de w(y,z...) e não-FC(não-i em não-x), então CJ de w(y,z..) para x]².

Considerando-se o caso concreto, é possível - contrariamente do que ocorre em abstrato - estabelecer dimensões de peso para cada norma-princípio colidente (ALEXY, 2009, p.94). A partir disso, é possível que se configurem relações de precedência condicionada entre princípios, que determinam que, nas condições C do caso concreto, a aplicação de um princípio tem preferência em face do outro; quer dizer, (P¹ P P²) C. É, assim, a criação de regras de precedência que faz com que, mesmo que uma norma-princípio² tenha seu suporte fático

preenchido - *[se APx e não-FC(IE_x), então CJx]*² -, essa não encontre aplicação, ou encontre-a, mas restringida, para que a norma-princípio¹, que possui maior dimensão de *peso* sob as condições C, seja aplicada em maior medida, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Atribuir maior peso à norma P¹, em detrimento de uma P², significa, portanto, que há, no caso concreto, razões suficientes para que P¹ prevaleça sobre P². A relação de prevalência, destarte, depende de fundamentação segundo o caso concreto para P¹ P², pois nenhuma norma pode pretender precedência em abstrato.

Uma vez opostos P¹ e P², portanto, como dito, deve ser aplicada a proporcionalidade. Do resultado *correto* dessa, chega-se a solução da colisão entre princípios (P¹ P²) C, a partir da qual pode ser formulada a chamada *norma fundamental atribuída*, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido (ALEXY, 2009, p. 102). Essa regra pode ser genericamente estabelecida da seguinte forma:

- (1) Sob as condições C, que envolve as circunstâncias R¹(R², R³...) a interferência *i* é definitivamente obrigatória/ proibida.

É, então, com a regra *l* que a discussão judicial se encerra.

5. Conclusão

1. Valorações, embora admitidas em argumentação jurídica, não são suficientes para sustentar decisões sobre direitos fundamentais, visto que para a investigação da incidência normativa (*se APx e não-FC(IE_x), então CJx*), bem como para a aplicação da técnica da ponderação, é necessária a consideração de certas circunstâncias do caso concreto;

2. Defendeu-se, neste estudo, a análise da fórmula *se APx e não-FC(IE_x), então CJx*, que engloba o exame dos elementos fáticos mínimos necessários para a determinação da incidência normativa, identificação e solução de colisões. Por ser uma técnica racional, e, portanto, verificável, tem potência para auxiliar o discurso jurídico no alcance de uma decisão *correta*.

3. A acepção ampla da noção de suporte fático tem como implicação prática a exigência de grande *esforço argumentativo* do aplicador, que deve demonstrar a constitucionalidade das mínimas *IE* para que essas sejam aceitas, ao contrário do que ocorre se se adota o suporte fático *restrito*, em que o ônus argumentativo está em definir, *a priori*, o que está *definitivamente*

protegido pelos APs dos direitos, e ainda construir rol taxativo de IE para cada. Percebe-se, assim, que, pela ampliação de AP e IE e, ainda, pelas exigências impostas por este modelo à argumentação, que importam no deslocamento do foco argumentativo, é possível que se alcance a proteção de direitos fundamentais na maior medida possível – excluída sua proteção absoluta. Ademais, vê-se que aceitar a acepção ampla é pressuposto da teoria dos princípios de Alexy e da possibilidade de ocorrência de colisões entre princípios, pois, na acepção restrita, apenas se configuram conflitos do tipo contrariedade ou contraditoriedade – antinomias.

4. Encarando os elementos dessa noção como etapas do discurso, tem-se a necessidade de se proceder: 1º) ao reconhecimento e à análise dos APs dos direitos que *prima facie* protegem *x*, e, por questões de coerência, *não-x*, e 2º) à fundamentação da IE em *x* e *não-x* com relação a cada direito. Ao final da análise, se atinge as conclusões sobre as normas aplicáveis.

5. A referida fórmula lógica, exige, no discurso, portanto, a) a investigação de todos os direitos que, potencialmente, incidam em um caso, conferindo-lhes extensa proteção ao atribuir pesado ônus argumentativo para que o aplicador demonstre o fundamento de toda e qualquer IE sofrida por cada um deles, b) a consideração, ao menos, daqueles aspectos do caso indispensáveis para aplicação de normas principiológicas, pois necessários para a identificação e solução das colisões normativas através de regras de precedência. Dessa maneira, se assegura *controlabilidade* ao discurso jurídico, pois o torna verificável e capaz de esclarecer, de forma lógica, o motivo pelo qual P¹ é aplicado nas circunstâncias C e a proporção em que esse se aplica, justificando a aplicação mais restrita de P².

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2.ed. São Paulo: Lady Editora, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. 2.ed. São Paulo: Lady Editora, 2002.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22ªed. São Paulo: Malheiros, 2008

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

G.H. von Wright. *The Logic of Preference*. Edinburgh, 1963.

HANSSON, Sven Ove and Grüne-Yanoff, Till, "Preferences", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/preferences/>>.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

_____. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.); SARMENTO, Daniel (org). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587- 599.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon, 1984.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1- 46.

_____. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.