



## **Suporte Fático de Direitos Fundamentais: Auxílio interpretativo em direitos sociais no Brasil e em Portugal**

### **Factual Support of Fundamental Rights: Interpretative support to Brazilian and Portuguese social rights**

Mírian Zampier de Rezende<sup>1</sup>

#### **Resumo**

O presente trabalho visa buscar o melhor caminho como solução ao problema da definição do conteúdo dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, que se reflete diretamente no plano da eficácia desses direitos e nas soluções em caso de violação de seus preceitos. Para tanto, buscou-se amparo teórico na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e no desenvolvimento de Virgílio Afonso da Silva em tema de suporte fático. Percebeu-se que, apesar das diferenças jurídico-constitucionais de ambos os ordenamentos, é possível que se valham da noção de suporte fático visando que direitos da relevância dos direitos sociais não sejam destituídos de seu conteúdo e que não sejam os cidadãos privados dos bens e interesses constitucionalmente protegidos por essas normas.

**Palavras-Chave:** Direitos sociais. Eficácia. Suporte fático.

#### **Abstract**

This work goal is to search the best solution to the problem of definition of social rights's content in Brazilian and Portuguese law, what is directly connected to the effectiveness of these rights. The work is grounded on Robert Alexy Fundamental Rights Theory and on Virgílio Afonso da Silva work about factual support. In despite of Brazilian and Portuguese law differences, it is possible to both to use factual support. By using it, relevant rights as social rights will not be emptied of all it content and citizens will not be private of goods and interests that are protected by these rights.

**Key-Words:** Social rights. Effectiveness. Factual Support.

**Recebido em:** 27 de outubro de 2014

**Aceito em:** 2 de fevereiro de 2015

---

<sup>1</sup> Graduanda em direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

## Introdução

Analisando os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, sobretudo em sede de direito constitucional, percebe-se a afinidade de ambos quanto à positivação dos valores mais caros ao homem, sobretudo a partir de normas de direitos fundamentais. No entanto, a aplicabilidade das normas de direitos sociais ainda enseja certas dúvidas, indo de encontro ao lugar de destaque que ocupam nas constituições dos respectivos países. Percebe-se que essa dificuldade é originada, principalmente, pela dificuldade que têm os juristas na definição do conteúdo das normas de direitos sociais.

Nesse sentido, o objetivo do trabalho é desenvolver e disseminar a utilização da incipiente noção de suporte fático no âmbito do direito constitucional, de forma a colaborar no estabelecimento de padrões interpretativos que possibilitem maior concretização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, maior proteção da dignidade daqueles que necessitam da realização dos mandatos trazidos pelas normas de direitos sociais.

Metodologicamente, fez-se revisão de literatura, de modo à obtenção de subsídios teóricos fundamentadores do estudo, a partir da análise de melhor doutrina e jurisprudência. Utilizam-se como marcos teóricos da investigação, sobretudo, a noção de Robert Alexy de direitos fundamentais enquanto normas *prima facie* e o desenvolvimento do conceito de *suporte fático* em direito constitucional levantado por Virgílio da Silva em sua tese defendida no concurso para o provimento do cargo de professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Partiu-se do método dedutivo, de modo que foram analisadas, inicialmente, questões abstratas, para que, somente depois, possa vir a ser possível a análise das questões abordadas de uma forma concreta. Ademais, classifica-se a pesquisa como qualitativa, advinda de busca em referências bibliográficas por argumentos embaixadores do trabalho.

Busca-se responder, então, aos seguintes questionamentos: *quais as dificuldades comuns aos sistemas jurídicos brasileiro e português na aplicação dos direitos sociais? Como essas dificuldades podem ser sanadas? Qual o conceito e extensão da noção de suporte fático que devem ser utilizados no âmbito de direito constitucional? Como se pode adequar tal conceito à aplicação dos direitos sociais?*

## **1 Noções acerca da concretização dos direitos sociais: cotejamento dos sistemas constitucionais português e brasileiro**

Por diversos fatores<sup>2</sup> é percebida, em determinada medida, certa aproximação entre os sistemas jurídicos brasileiro e português, de forma mesmo que certos autores consideram possível se falar que esses países fariam parte de um direito comum lusófono enquanto subgrupo da família romano-germânica<sup>3</sup>. Dentre esses pontos de aproximação, é possível elencar a abertura e afinidade de ambas as Constituições no que tange à positivação e incorporação de direitos econômicos, sociais e culturais<sup>4</sup> dotados de caráter de fundamentalidade, compondo, juntamente aos direitos, liberdades e garantias<sup>5</sup>, catálogo extenso e profundo de direitos fundamentais.

Ponto em que divergem sobremaneira os dois sistemas, no entanto, é nas consequências advindas da sistematização dos direitos fundamentais entre direitos sociais e direitos a liberdades. A Constituição Portuguesa consagra – à parte de haver princípios aplicáveis a todos os direitos fundamentais –, um regime material privilegiado aos direitos a liberdades, que, conforme entendimento majoritário, seria extensível apenas àqueles direitos sociais de natureza análoga (artigos 17.º e 18.º da Constituição Portuguesa). Dessa forma, há, nas palavras de Melo Alexandrino, um *primado* dos primeiros sobre os segundos, que, para além do *regime jurídico qualificado*, refere-se também, para o autor, a uma *desigual importância* e a um *distinto estatuto jurídico desses conjuntos de direitos* (ALEXANDRINO, 2011, p.69)<sup>6</sup>. No Brasil, por outro lado, longe de se ignorar que existam diferenças quanto à dimensão preponderante das normas consagradoras de direitos sociais, sabidamente positiva na maioria dos casos, equiparam-se juridicamente e em importância ambos os grupos de direitos<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Dentre eles podemos notar a recepção e influência recíproca de institutos jurídicos e culturais, notadamente por nutrir os países aproximação de caráter histórico e linguístico. Com auxílio da maior possibilidade de comunicação, é possível notar uma aproximação de fontes de estudo do direito e certo intercâmbio doutrinário, que fazem surgir quadro axiológico aproximado entre eles.

<sup>3</sup> Autores como Dario Moura Vicente chegam a reconhecer um Direito Comum aos países de língua portuguesa, advindo das semelhanças das opções políticas e legislativas no tratamento dos mais relevantes institutos e na opção por determinados valores a reger os ordenamentos (VICENTE, 2014, p.87).

<sup>4</sup> Direitos que, a partir de agora, serão tratados apenas como *direitos sociais*.

<sup>5</sup> Direitos que, à semelhança do realizado na nota 3, serão tratados apenas como *direitos a liberdades*.

<sup>6</sup> Fazendo justiça ao autor, deve-se ressaltar que o mesmo destaca não significar esse primado hierarquia material entre as normas de direitos fundamentais, mas diferenciação ao nível de estrutura político-constitucional, que permitem uma estratificação de partida entre os direitos, de modo a revelar uma preferência *relativa* dos direitos à defesa sobre os direitos sociais (ALEXANDRINO, 2011, p. 69)

<sup>7</sup> Dessa forma, por exemplo, tanto os direitos sociais como os consagradores de liberdades são tratados como limites materiais de poder de revisão constitucional (art. 60, §4º, IV Constituição Brasileira), diferentemente do que ocorre

Em decorrência da diferenciação no que tange ao regime dos direitos fundamentais sociais e a liberdades, divergem os sistemas, igualmente, quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais. E isso se relaciona diretamente com a possibilidade de sua judiciabilidade e com a concepção dos papéis dos Poderes Judiciário e Legislativo em sua concretização. Nesse sentido, tratando acerca do ordenamento português, Melo Alexandrino leciona:

[...] a realização do conteúdo principal dos direitos sociais constitui uma variável não só do processo econômico, mas também do processo político (Habermas); ao passo que a efetivação dos direitos, liberdades e garantias depende essencialmente do cumprimento das exigências requeridas pelo princípio do Estado de Direito, a realização dos direitos sociais mostra uma marcada dependência da realidade, nomeadamente ao nível de uma devida articulação com os demais sistemas sociais básicos (Bruno da Costa); ao passo que o conteúdo dos direitos sociais envolve mutabilidade (Roberto Bin), o conteúdo dos direitos de liberdade pressupõe a estabilidade (daí as idéias de determinação do conteúdo, delimitação do âmbito de proteção, etc.); ao passo que nos direitos sociais é significativo o grau de indeterminação da sua eventual violação, esse apuramento é relativamente fácil junto aos direitos de liberdade (Carlos Bernal Pulido). (ALEXANDRINO, 2011, p.46)

Assim, enquanto na Constituição Portuguesa apenas *os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas* (art. 18.º, 1), a Constituição Brasileira não faz quaisquer diferenciações, de modo que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata* (art. 5º, §1º). No Brasil, dessa forma, também os direitos sociais produzem efeitos jurídico-subjetivos, inclusive a prestações positivas. São, pois, normas vinculantes e podem ser exigidos frente ao Judiciário quando for ausente ou insuficiente a atuação dos demais poderes públicos.

A interpretação da Constituição Portuguesa e a *práxi* do Tribunal Constitucional, por sua vez, revelam a persecução da separação dos poderes sob prisma clássico de autocontenção do Judiciário e de enaltecimento da atividade legislativa no que tange ao aspecto de aplicabilidade dos direitos sociais. Possuem, os representantes do povo, ampla margem de conformação desses preceitos, na qual não costuma o outro poder intervir. A decisão judicial tem apenas função de comunicação ao Legislativo da falha de seu dever e não há, por exemplo, sequer julgados suficientes que permitam afirmar

---

na Constituição Portuguesa, que, na alínea *d* de seu art. 288.º faz menção expressa de que apenas os direitos, liberdades e garantias atuam enquanto limites de reforma. Os direitos sociais, portanto, não são considerados limites materiais à revisão constitucional, com exceção dos direitos dos trabalhadores, no que a Constituição Portuguesa é expressa na al. *e* do mesmo art. 288.º

qual a tendência do Tribunal no que tange à inconstitucionalidade por omissão<sup>89</sup> do legislador na densificação desses direitos.

Isso porque a Constituição Portuguesa não proporciona gama de normas suficientes que tornem possível a busca direta de tutela dos direitos fundamentais por seus titulares. Principalmente, não há instrumento de interpelação judicial pelo indivíduo da afirmação de direito social em seu caso concreto<sup>10</sup>. Considerando uma inação do poder público na densificação de um direito social, por exemplo, o cidadão somente pode peticionar ao Provedor de Justiça ou ao Presidente da República para que, estes sim, possam conduzir o problema à fiscalização do Tribunal Constitucional<sup>11</sup>. Isso se reflete na eficácia da norma, pois, não atuando o legislador, e não sendo a ela concedida aplicabilidade direta a partir do preceito constitucional, não se consegue definir seu conteúdo, e os cidadãos ficam privados das prestações que delas deveriam advir.

A Constituição Brasileira de 1988, no entanto, exprime diferente modelo. Das mudanças trazidas com o contexto histórico do século XX e da concepção de que o Estado, mais que de direito, deve ser também social, extrai-se que o amparo legal não é suficiente à proteção última da dignidade humana. Ainda, pelos traumas vividos no regime ditatorial que antecedeu o constituinte de 1988, adveio o pensamento quase uníssono de que os direitos dos cidadãos, das maiorias e das minorias, devem ser protegidos frente às oscilações políticas e ideológicas governamentais. Assume, a Constituição, dessa forma, papel de diploma normativo máximo consagrador dos valores mais caros à sociedade, o que se dá, sobretudo, através dos direitos fundamentais.

---

<sup>8</sup> A maior parte das decisões em sede de omissão em direitos sociais envolve não uma inação legislativa, mas ações que tendam a eliminar posições consagradas anteriormente, e que geram posicionamentos e fundamentos diversos nos diferentes julgados.

<sup>9</sup> Em Portugal nota-se escasso o recurso à fiscalização de inconstitucionalidade por omissão – até o ano de 2011 foram treze processos e quatro decisões nesse sentido. Mais ainda, até esse mesmo ano, apenas por uma vez o Tribunal Constitucional declarou inação legislativa decorrente de inexecutabilidade de direitos sociais.

<sup>10</sup> Essa dificuldade na busca da tutela de direitos sociais não é imune a críticas, que se dão especialmente pelo paradoxo que revela frente à consagração do princípio da socialidade enquanto princípio constitucional e frente ao elenco avantajado e pormenorizado de direitos sociais trazidos pela Constituição Portuguesa. Aos direitos previstos na letra do diploma normativo máximo do ordenamento português, portanto, não está correlacionada uma Justiça Constitucional de magnitude semelhante. (NOVAIS, 2010, p.374)

<sup>11</sup> A título de menção, percebendo o déficit do sistema português de tutela dos direitos fundamentais, tentou-se superar a deficiência de acesso direito ao Tribunal pela ação de *intimação*, introduzida em 2002 no Código de Processo dos Tribunais Administrativos. A ação possibilita a imposição de uma conduta à Administração quando for necessária atuação célere para a proteção de direitos fundamentais do indivíduo que estejam em perigo e que não seja suficiente o recurso a uma cautelar. Essa ação é o meio processual que mais se aproxima ao tipo de tutela judicial direta que ocorre no Brasil. Porém, mesmo ela, em Portugal, é sujeita a um *filtro de acesso* (NOVAIS, 2010, p. 351), que a restringe apenas à *proteção de direitos, liberdades e garantias*.

Certo é que a possibilidade fática de concretização dos direitos sociais está associada à realidade política e econômica do país, de forma que se torna de relevância ímpar a atuação do legislador democraticamente eleito na análise dos recursos disponíveis e das necessidades mais emergenciais da população. Ele deve, de fato, direcionar os gastos e a elaboração do orçamento à persecução dos bens, interesses e valores a cuja realização a Constituição o vincula, sempre segundo as peculiaridades da sociedade. A ele cabe, pois, analisar quais os interesses populacionais mais afetados, quais exigem maiores cuidados e quais as formas ótimas para que as políticas elaboradas atinjam a sociedade de maneira universal, e, ao mesmo tempo, materialmente igualitária. No entanto, a vinculatividade dessas normas, por sua relevância, não deve atingir apenas o legislador, mas a todos os órgãos públicos<sup>12</sup>.

Dessa forma, também a separação de poderes deve ser compreendida no contexto do Estado Democrático de Direito Social e da relevância judicial para a resolução dos conflitos que envolvam direitos fundamentais. Nesse contexto se dá a elevação da função do poder judiciário – especialmente do Supremo Tribunal Federal –, cujo papel maior é a proteção da Constituição (logo, dos direitos fundamentais). Esse papel deve ser cumprido mesmo frente aos desejos de ocasionais maiorias opressoras legislativas, através da aplicação das regras constitucionais e ponderação dos princípios envolvidos, visando sempre à máxima concretização de seus preceitos básicos.

Há, assim, maiores fundamentos normativos na Constituição Brasileira a legitimar um papel ativo do juiz que, por vezes, pode até impor, em sua decisão, o fornecimento de certa prestação. No entanto, o perigo, aqui, é inverso, qual seja, a possibilidade de o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de proteção da Constituição, violar a igualdade entre os cidadãos, conferindo àqueles que a ele recorrem acesso a bens e serviços públicos que outros, em condições semelhantes às suas, não têm. Isso levaria igualmente a um esvaziamento do conteúdo e eficácia normativa dos direitos sociais, que poderiam ter sua efetivação restrita a um determinado segmento da população que tem acolhida sua pretensão judicial e ficariam, os indivíduos, sujeitos ao arbítrio de uma ditadura do Poder Judiciário.

De qualquer forma, o que se nota tanto num quanto noutro sistema após a análise aqui empreendida, é que grande parte da dificuldade na concretização de direitos sociais

---

<sup>12</sup> Essa ideia é mais facilmente defensável no contexto jurídico constitucional brasileiro, no qual é permitido que, na ausência de atuação legislativa, o judiciário intervenha para que os bens e interesses constitucionalmente protegidos dos cidadãos possam ser tutelados, garantindo maior força normativa aos preceitos constitucionais, notadamente aos direitos fundamentais.

advém, certamente, da dificuldade de definição e de critérios de definição do seu conteúdo, e de compreensão de quais condutas representam violações a seus preceitos. Seja porque ainda não houve densificação pelo legislador infraconstitucional, ou porque a densificação não é suficiente à proteção do direito, seja por conta do recurso à ponderação do Judiciário para sua satisfação, nota-se a dificuldade nessas questões.

Por não terem conteúdo facilmente definido, muitas vezes, recorre-se mesmo à baixa densidade<sup>13</sup> normativa dos direitos sociais como fundamento legitimador ao seu grau de eficácia inferior. Isso acontece, sobretudo, quando há comparação à aplicação das normas consagradoras de direitos a liberdades, das quais se costuma dizer que mais facilmente extrai-se o conteúdo, e que, por isso, pouca discussão geram referente à vinculação direta dos órgãos públicos aos seus mandatos<sup>14</sup>.

O problema da densidade normativa do direito social, pois, relaciona-se à dificuldade em estabelecer quais prestações são por ele protegidas, especialmente quando inerte o legislador. E essa dificuldade é sempre prejudicial. Primeiro, porque põe em causa a eficácia e a própria seriedade com que devem ser tratados esses direitos. E, segundo, porque pode servir ao arbítrio de representantes estatais ou grupos políticos que, para atingir interesses próprios egoísticos, utilizam-se de medidas que ora dão prevalência demasiadamente robusta aos direitos sociais, ignorando outros interesses e valores de igual relevância constitucional, e ora, restringe-os de maneira desarrazoada, condenando-os à destituição de todo e qualquer conteúdo. De um e de outro modo estão sendo feridas as bases do sistema de um país democrático, de direito e social, e sujeitando os indivíduos ao arbítrio estatal que há tanto se busca conter.

Para tanto, e visando alternativas de preenchimento do conteúdo dos direitos sociais, vem-se, aqui, propor a utilização da noção de *suporte fático* para a interpretação das normas constitucionais, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais. Vem, a proposta, auxiliar na adequação normativa ao contexto fático em que se insere e na possibilidade de destinação a ela da eficácia de que deve ser dotada, principalmente quando em causa hipótese de violação de seus preceitos. Que assim, em ambos os ordenamentos, no que se aproximam e no que se distanciam, dentro das respectivas

---

<sup>13</sup> Uma norma é dita como dotada de densidade normativa quando há em nível constitucional, com certo grau de precisão, a definição do que compõe o seu conteúdo essencial de forma que, a partir da constituição, e sem recursos robustos interpretativos, possa-se extrair o mandamento normativo. (SARLET, 2009, p.269)

<sup>14</sup> Essa ideia, no entanto, é falaciosa. Isso porque não são apenas os direitos sociais que se apresentam em formas constitucionais genéricas, o trabalho interpretativo de concretização também é patente em direitos a liberdades, especialmente quando compostos de conceitos abertos e indeterminados, tornando a autocontenção judiciária, por vezes, mais ideológica que baseada em fundamentos racionais e dedutíveis da realidade prática.

peculiaridades jurídico-constitucionais, não se destitua de conteúdo preceitos da relevância dos direitos sociais e, ao mesmo tempo, que sua aplicação não se dê ao custo do completo sacrifício de outros valores que devem ser igualmente protegidos.

## 2 Suporte Fático em sede de normas constitucionais

Essencial ao estudo da aplicação do direito em uma sociedade, pois, é a análise das normas jurídicas que o compõem. Estruturalmente são tais normas formadas por enunciados abstratos os quais, havendo fatos correspondentes no mundo concreto, possibilitam a aplicação de uma consequência jurídica. Dessa estrutura, origina-se a noção de *suporte fático*, objeto de estudo neste trabalho.

Em alguns ramos do direito, são encontrados conceitos equivalentes ao de suporte fático de forma mais arraigada. Em direito penal (tipo penal), direito tributário (hipótese de incidência ou fato gerador) e direito privado (também denominado suporte fático), por exemplo, dá-se maior relevância à sua utilização na compreensão normativa.

Nessas áreas, no entanto, o que ocorre é a mera subsunção da abstração normativa à concretude dos fatos. Enquadrando-se o fato no preceito abstrato, diz-se preenchido o suporte fático da norma. Têm, essas normas, em sua maioria, verdadeira estrutura de regras jurídicas. Assim, praticando um indivíduo, por exemplo, a ação de *matar alguém*, *matar outra pessoa*, será sua conduta, em sede de tipicidade formal, correspondente ao art. 121 do Código Penal Brasileiro ou art. 131º do Código Penal Português, podendo estar sujeito à sanção penal cominada nos dispositivos.

O suporte fático em direito constitucional, quando da análise dos direitos fundamentais, por sua vez, é peculiar. Isso se deve às características principais desses direitos: entende-se<sup>15</sup>, no presente estudo, que possuem caráter principiológico preponderante, e, dessa forma, são dotados de estrutura normativa diferenciada.

---

<sup>15</sup> Entende-se, aqui, na esteira do pensamento de Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, que as normas consagradoras de direitos fundamentais são normas princípios. Os princípios podem ser caracterizados como normas *prima facie*, que têm seu conteúdo definido à luz do caso concreto. Isso porque são *mandatos de otimização*, devendo ser realizados da melhor maneira possível diante da colisão com outros princípios. A regra a ser aplicada ao caso concreto será, pois, extraída após exame de proporcionalidade entre as normas colidentes, de forma a buscar a máxima concretização de todas elas, mas sobressaindo as formas de concretização que primem pelas que têm maior peso no caso concreto. Assim, os princípios são “*normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas*”. (ALEXY, 2008, p.90)

Assim, comparativamente à noção do suporte fático consagrada em outras áreas do direito, quando do estudo da aplicação de direitos fundamentais, a verificação do suporte fático é, na esteira de Virgílio Afonso da Silva, *constraintuitiva* (SILVA, 2010, p.70). Isso porque não basta a subsunção do preceito normativo para que sua consequência jurídica possa ser verificada. A conduta, ato, fato ou situação jurídica protegida, ou seja, o *âmbito de proteção* do direito fundamental, apesar de também possuir grande importância para a teoria do suporte fático, não é, por si, suficiente. Deve impreterivelmente vir acompanhado de outros elementos para que seja de fato possível a aplicação da consequência jurídica referente à norma.

Conforme apresentado por Alexy (ALEXY, 2008, p. 306), é necessário, no preenchimento do suporte fático dos direitos fundamentais, para além de um fato que possa ser inserido no âmbito de proteção da norma, haver efetiva intervenção estatal no exercício do direito a ela correspondente. É exatamente por essa necessidade de intervenção estatal que o suporte fático dos direitos fundamentais é contra intuitivo. Andar livremente pelas ruas, desse modo, não se enquadra no suporte fático do direito à liberdade de locomoção enquanto não for impedido à pessoa que se ande livremente pelas ruas. Para esse autor, assim, a configuração do suporte fático dos direitos fundamentais seria dada pela existência de determinada intervenção estatal que atinja o âmbito de proteção da norma de direito fundamental. Em momento posterior e fora da análise do preenchimento do suporte fático, deve-se verificar a existência de fundamentação constitucional necessária para a intervenção, para que, somente nesse momento, possa haver de fato a aplicação da consequência jurídica da norma de direito fundamental, se houver fundamentação inadequada.

Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 74), por sua vez, amplia de forma pertinente o conceito do instituto aqui analisado. O autor considera a necessidade de que *não haja fundamentação constitucional* para a intervenção estatal como sendo elemento intrínseco ao próprio conceito de suporte fático, não mais como algo a ele exterior como visto em Alexy. Encontrando base na Constituição, a forma como atua o Estado não configura uma violação ao direito fundamental, mas uma *restrição* a esse direito, não conduzindo à ocorrência de sua consequência jurídica.

É preciso, então, na análise do suporte fático dos direitos fundamentais<sup>16</sup>, que alguns requisitos sejam atendidos. Inicialmente, a conduta que se quer proteger deve poder ser enquadrada no âmbito de proteção da norma. Este é o rol de todas as condutas que possam, num plano abstrato, ser reconhecidas como conexas ao que se está nela protegendo e, por isso, ser objeto de uma valoração *apriorística* a considerá-las dignas de proteção. Em segundo lugar, é preciso haver uma efetiva intervenção estatal na conduta *aprioristicamente* protegida. Atendidos tais requisitos, faz-se mister a análise da fundamentação constitucional da intervenção. Se adequadamente fundamentada, mantém-se a intervenção. Caso contrário, incide a *consequência jurídica* da norma, sendo inaplicável a intervenção do Estado e sendo exigido o retorno ao *status quo ante*.

### 2.1 Suporte fático restrito e suporte fático amplo: teorias acerca da extensão do suporte fático das normas de direitos fundamentais

Tão ou mais importante que a definição do que consiste o suporte fático no âmbito dos direitos fundamentais é a opção que se faz acerca da extensão desse suporte fático, que gera reflexos diretamente: a) no fato de ser possível ou não haver restrições aos direitos fundamentais, e b) no grau de fundamentação das atuações estatais.

Para aqueles que defendem um modelo restrito<sup>17</sup>, a análise do suporte fático está vinculada à delimitação de um *âmbito de proteção aprioristicamente definível e restrito*. Nesse caso, busca-se definir *a priori* e abstratamente quais condutas, atos, fatos e situações que possam vir a ocorrer no mundo dos fatos, estão, desde antes de sua ocorrência, protegidos ou não pela norma de direito fundamental. Não são aceitas restrições advindas de colisões no caso concreto entre os direitos fundamentais, porque todos os direitos possuiriam sua extensão e seus limites previamente delimitados, de forma a nunca colidirem seus objetos de proteção. Assim, os direitos fundamentais são nela tratados como direitos definitivos, que ensejam uma mesma consequência jurídica definitiva independentemente do caso concreto.

Por outro lado, os teóricos que primam por um suporte fático amplo, como é o caso de Robert Alexy (ALEXY, 2008, p. 321), e Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 94), apresentam as grandes dificuldades trazidas pela teoria restritiva.

---

16 Aqui se refere ao suporte fático de direitos fundamentais a liberdades. Posteriormente será feita análise mais aprofundada acerca da aplicação do conceito quanto aos direitos sociais.

17 Dentre os quais cumpre ressaltar os trazidos por Virgílio Afonso da Silva: Friedrich Müller (SILVA, 2010, p. 86) e John Rawls (SILVA, 2010, p. 89)

Inicialmente, seria difícil conciliar tal teoria com a opção pela teoria dos princípios de Alexy, a qual o trabalho se filia. Isso porque a opção restritiva dá aos direitos fundamentais o caráter de direito definitivo que, pela teoria dos princípios, é apenas conferido às regras.

Além disso, a teoria do suporte fático amplo dá maior ênfase à necessidade de justificativa para as intervenções estatais que à possibilidade de uma delicada definição de âmbito de proteção abstrata e definitiva. Em realidade, a análise do âmbito de proteção feita por essa teoria é muito mais simples. Sendo amplo, nele enquadram-se abstratamente todas as condutas, atos, fatos e situações que se relacionem, de alguma forma, com o “âmbito temático” (SILVA, 2010, p. 109) trazido pela norma. O que realmente se enquadra no suporte fático, no entanto, só poderá ser definido concretamente após o sopesamento dos valores envolvidos, através do exame de proporcionalidade. Nesse sopesamento, deverá haver robusto ônus argumentativo para que a justificativa da intervenção seja constitucionalmente legítima, de forma que a restrição ao direito fundamental passe pelo crivo da adequação, necessidade e razoabilidade da medida. Os direitos fundamentais, seriam, aqui, verdadeiramente normas consagradoras de direitos *prima facie*.

Não se pode negar que a opção pela teoria ampla de suporte fático potencializa as situações de colisões normativas e, por consequência, as intervenções levadas a cabo pelas autoridades estatais. Além disso, tal modelo poderia levar a uma supervalorização da função do Poder Judiciário na estrutura jurídica de um Estado.

No entanto, isso não se faz problema quando se leva em conta que as intervenções não serão verdadeiras intervenções, mas restrições constitucionalmente legítimas aos direitos fundamentais, que deverão possuir alto grau de *justificação constitucional*. Assim, certo é que, por essa teoria, não é possível um direito fundamental que nunca sofra restrição, mas, igualmente, nunca essa restrição será inconstitucional ou fundada em exames de adequação meramente política. Somando-se a isso, ressalta-se que o Judiciário não estará exercendo ativismo judicial no sentido pejorativo que foi cunhado à expressão, mas, antes de qualquer coisa, estará exercendo a função de proteção da Constituição do país.

A essa corrente o trabalho se alia.

### 3 O suporte fático no âmbito dos direitos sociais

Se a análise do suporte fático dos direitos fundamentais relativos a liberdades públicas já é contraintuitiva e pouco abordada no direito constitucional, tais características são ainda mais evidentes quando se trata dos direitos fundamentais a prestação estrito senso, quais sejam, os direitos sociais.

No entanto, definir a noção de suporte fático nesses casos é imprescindível para a melhor compreensão da aplicação dos direitos sociais e do papel do Estado para sua concretização, especialmente frente às situações em que os órgãos públicos permanecem inertes ou atuam de modo insuficiente. As bases do conceito de suporte fático de direitos sociais, no entanto, sofrem algumas alterações em relação às adotadas no estudo dos direitos a liberdades públicas. Por isso, busca-se desenvolver o conceito com a devida atenção a essas diferenças.

Para elaborar o correto conceito, então, parte-se de quatro perguntas formuladas por Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 71) para a determinação do suporte fático das normas de direitos fundamentais, às quais seguem as conclusões a que se chegou, no presente trabalho, enquanto possíveis respostas.

#### *1) O que é protegido pela norma de direito social?*

Os direitos sociais possuem, de fato, peculiaridades frente aos direitos a liberdades constitucionalmente previstos. Ao revés de, majoritariamente, em sua dimensão principal, buscarem proteção da esfera de autonomia e liberdade dos indivíduos frente à atuação do Estado, visam fornecer a esses mesmos indivíduos as condições materialmente necessárias para que possam exercer tais esferas de autonomia e liberdade. Isso se dá, no Brasil, especialmente pela prestação dos serviços básicos extraídos do rol elencado pelo art. 6º da Constituição Brasileira e, em Portugal, principalmente pelas normas elencadas no Título III da Constituição Portuguesa.

Embora esses serviços muitas vezes sejam também encontrados no mercado, como a existência de escolas, creches e hospitais de iniciativa privada, o Estado é chamado a colocar em condições de igualdade material aqueles que, por algum motivo, não podem deles usufruir. Busca-se igualar as condições fáticas de todos no ponto de partida, visando à igualdade material dos cidadãos como ponto de chegada.

Dáí extrai-se que o que é protegido pela norma de direito social é uma atuação positiva do Estado na forma de uma ação que repercute faticamente na busca pela igualdade material dos indivíduos. São protegidas abstratamente pela norma de direito fundamental social todas as formas pelas quais o Estado pode atuar na promoção do direito social envolvido, independentemente da eficiência da medida adotada ou do grau de afetação que causará em outros direitos constitucionalmente protegidos. Há um mandado de atuação geral que deve de alguma forma ser cumprido. Esse é, pois, seu *âmbito de proteção*.

Assim, por exemplo, tanto o desenvolvimento de programas sociais de fornecimento de casas a baixo preço e com fáceis condições de pagamento quanto à construção e distribuição de apartamentos de luxo para determinada parcela da população são, *prima facie*, formas de ação estatal para o fomento e efetividade do direito à moradia.

## 2) *Contra o quê se exige proteção?*

Seguindo a mudança lógica de raciocínio, não cabe mais se falar aqui em intervenção estatal, como se fala no conceito de suporte fático dos direitos a liberdades, justamente porque o que se almeja através dos direitos sociais é uma *atuação* do Estado. Assim, o que deve ser repellido é a *inércia do Estado* ou a opção por uma *ação* que seja *insuficiente* à efetivação do direito dentre as possibilidades trazidas pelo âmbito de proteção amplo da norma, de modo a desrespeitar o mandado de atuação por ela trazido.

## 3) *Qual consequência jurídica poderá ocorrer?*

No Brasil, frente à ineficiência da atuação estatal, surge a possibilidade de reivindicação judicial da tutela do direito social através da reivindicação de prestação no caso concreto e de inconstitucionalidade por omissão. Se o judiciário considerar necessária a prestação à concretização do direito social, pode vincular os órgãos públicos a determinada prestação específica enquadrada abstratamente no âmbito de proteção da norma. Se declarada inconstitucional a omissão ou a insuficiência, surge um direito definitivo à atuação do legislador. Em Portugal, como não há meios diretos de exigibilidade judicial da concretização de um direito social, deve-se peticionar aos entes

competentes por acionar a fiscalização pelo Tribunal Constitucional, que, se julgar existente a inconstitucionalidade por omissão, comunicará a quebra de dever ao legislador.

4) *Finalmente, qual grau de justificação é necessário ocorrer para que a consequência jurídica possa ser aplicada?*

Apesar das diferenças estruturais, algumas delas já elencadas, assim como no caso dos direitos fundamentais a liberdades, para que incorra a consequência jurídica, é necessário que o suporte fático da norma seja totalmente preenchido. Para isso, além da omissão ou da insuficiência da atuação estatal em relação a alguma ação aprioristicamente abarcada no âmbito de proteção da norma de direito social, deve *não haver fundamentação constitucional* para essa omissão ou insuficiência.

Assim, por exemplo, no caso brasileiro, a princípio todo tipo de cobrança de atuação do Estado pode ser judicializada objetivando o direito definitivo que se extrai da consequência jurídica decorrente do preenchimento do suporte fático da norma. Se o Estado é omissor, o Judiciário deve ficar encarregado de julgar sua omissão e, se necessário, ordenar o cumprimento da medida devida.

No entanto, pode-se decidir por ser justificada a inação através do exame de proporcionalidade, que, quanto aos direitos sociais, adquire também o escopo de proibição da não-suficiência (LEIVAS, 2006, p. 76). Pondera-se, de um lado, o grau de afetação a outros direitos e valores constitucionais, formais ou materiais, e, de outro, o grau de concretização do direito social almejado. Quanto mais essencial à concretização da dignidade da pessoa humana for a medida estatal, maior o ônus argumentativo relativo à não atuação, cabendo ao Judiciário a análise do preenchimento do suporte fático ou não.

Nesse aspecto, deve-se ter especial atenção ao fato de que, por mais bem intencionado que seja um diploma constitucional, o legislador originário não pode prever todas as limitações de cunho material que podem advir à situação fática de um país, especialmente quanto à sua economia.

No Brasil, verifica-se que, muitas vezes, a Corte Máxima, partindo do poder que possui de conformação da atuação do Legislativo e do Executivo, esquece-se de que a atividade política é cercada por limitações maiores que meros impedimentos jurídicos.

O que se nota é que a “tendência natural é fugir do problema, negá-lo. Esse processo é bastante fácil nos meios judiciais. (...) Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos” (AMARAL, 2002, p.146).

Claro, deve-se sempre filiar à ideia de que políticas públicas relativas à justiça distributiva devem buscar atender às necessidades mais primordiais da população através de medidas jurídicas ou materiais, principalmente quando se tem em conta um Estado Democrático de cunho social. Grande parte das pretensões fundadas em direitos fundamentais exige, no entanto, para sua concretização, a disponibilidade de meios materiais; recursos esses que são, em sua maioria, escassos (AMARAL, 2002, p.133).

Essa situação, infelizmente, muitas vezes independe de qualquer vontade política. A escassez de recursos é advinda da variedade e ampla gama de necessidades inerentes à existência humana, de forma a exigir opções legislativas relativas à alocação dos recursos existentes.

Desse modo, é praticamente impossível conceber políticas públicas que não exijam do Estado sujeição aos limites econômicos, seja enquanto limites orçamentários ou regulatórios. Assumi-lo não retira dos limites fáticos a condição de entraves à plena promoção social das políticas públicas e dos objetivos sociais originários constitucionais, mas é necessário se não quisermos uma Constituição que seja meramente simbólica.

Assim, no exercício de ponderação a ser feito para análise do preenchimento do suporte fático, deve-se ter em conta a *reserva do possível* e os recursos econômicos disponíveis (CANOTILHO, 1993, p. 545)<sup>18</sup>. De toda sorte, porém, a “reserva do possível”, não pode nunca funcionar como uma válvula de escape a não efetivação dos direitos sociais pelos poderes públicos, de forma que só serviria para cultivar desigualdades materiais, sem nenhum tipo de benefício social em troca.

Desse modo, pode ser deduzida a fórmula de ocorrência do suporte fático no âmbito dos direitos sociais, qual seja:

$$DSx (IE. \neg FC) \rightarrow Ox^{19}.$$

---

<sup>18</sup> De forma que Canotilho considera as normas de direitos sociais como *leges imperfectae*, embora admita que apresentem “relevante significado jurídico como direitos subjectivos”. (CANOTILHO, 1993, p. 545)

<sup>19</sup>Fórmula pela qual x representa a atuação estatal que promove o Direito Social invocado (DSx); (IEx.  $\neg$ FC) representa a inércia estatal não fundamentada constitucionalmente e Ox a consequência jurídica, que é o dever de prestação estatal (SILVA, 2010, p. 78).

Deve-se recorrer a essa fórmula, pois, enquanto critério de preenchimento do conteúdo das normas de direitos sociais. Primeiro, de forma a evitar que argumentos como a baixa densidade normativa, a separação dos poderes e a reserva do possível sejam impeditivos da atribuição de eficácia às normas e impeditivos de proteção quando violadas pelo poder público. De outra forma, para que aspectos desses mesmos argumentos que devem ser levados em conta não sejam ignorados pelo Judiciário, e que esse não possa, invocando a tutela de direitos sociais, atuar de forma ilegítima e desconforme à realidade política e econômica da sociedade em que inserido, por vezes mesmo subvertendo a ótica de igualdade que permeia tais direitos.

Assim, a densidade normativa e, por conseguinte, o conteúdo da norma, devem ser analisados, para além da dependência de conformação pelos órgãos públicos, na situação particular de violação da dignidade dos indivíduos, tendo em conta que os critérios de interpretação, aqui, são distintos daqueles que exigem mera subsunção da norma. Envolvem, na verdade, a ponderação de diversos interesses, bens e valores conflitantes, além da análise dos recursos existentes na sociedade, que também são imprescindíveis à concretização de diversos outros direitos igualmente exigíveis, inclusive outros direitos sociais, e que devem, devido a essa situação de conflito, ser também levados em conta na ponderação no caso concreto.

Dessa forma, são extraídas três consequências imediatas da utilização do conceito de suporte fático pelos ordenamentos ora analisados. É possível que:

- a) o Judiciário possa se valer de critérios tangíveis para averiguação de violação das normas consagradoras de direitos sociais, podendo promover sua tutela no caso concreto;
- b) a falta de atuação do legislador não seja empecilho à atribuição de densidade normativa às normas de direitos sociais por via interpretativa;
- c) em última instância, possa conduzir, no ordenamento português, à busca de uma dogmática unitária de direitos fundamentais.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Ou, ao menos, em uma mudança menos radical, que o conceito de suporte fático seja utilizado pelo direito português de forma a conferir maior possibilidade de aplicação do regime jurídico de direitos a liberdades em sede de direitos sociais pela via do conceito de direitos fundamentais de natureza análoga presente no art. 17º da Constituição Portuguesa. Os direitos fundamentais de natureza análoga, apesar de não estarem no rol dos direitos a liberdades expressos na constituição, estão sujeitos ao mesmo regime material privilegiado a que estão submetidos os direitos a liberdades, seja nas vertentes *material* (art. 18º a 23º Constituição Portuguesa), *orgânica* (art. 165º, nº 1, b, Constituição Portuguesa) ou de *revisão constitucional* (art. 288º, d, Constituição Portuguesa). Segundo o autor

## Conclusão

Da análise das normas de direito constitucional português e brasileiro, sobretudo de direitos fundamentais, percebe-se que, apesar das peculiaridades inerentes a cada sistema, em ambos há dificuldade de determinação do conteúdo dos direitos sociais, o que se reflete diretamente na concretização desses direitos, por vezes condenando-os a uma situação de baixa eficácia.

Devido à concepção que aqui se tem das normas de direitos fundamentais, qual seja, de que são normas que consagram direitos *prima facie*, repreende-se qualquer tipo de subsunção desses preceitos ou ponderação desvinculada do caso concreto. Assim, é possível propor uma solução para a interpretação do que pode ser considerado conteúdo dos direitos sociais através do desenvolvimento da ideia de *suporte fático* para as normas em sede de direito constitucional.

O suporte fático, nesses casos, deve ser o mais amplo possível, de forma que o conteúdo da norma só possa ser extraído no caso concreto. Apesar de, dessa forma, ter-se que admitir a possibilidade de restrições a direitos fundamentais, essas exigirão sempre a máxima fundamentação por parte do ente que promove a restrição, com base em preceitos constitucionais igualmente valiosos.

Tenta-se sistematizar, então, o caminho interpretativo pelo qual deve passar o aplicador do direito para definir o conteúdo do direito social no caso concreto para que, se estiver havendo atuação ou inação inadequada do Estado, se possa aplicar a consequência jurídica da norma de direito social, visando proteger o seu conteúdo e sua eficácia.

Inicialmente, devem-se analisar quais podem ser as atitudes do Estado na concretização do direito social. Aqui se pensa em todo o âmbito temático que, abstratamente, concretiza de alguma forma e em alguma medida o mandato

---

português Melo Alexandrino, na determinação da natureza análoga devem ser considerados dois aspectos distintos: inicialmente deve-se identificar um direito dotado de fundamentalidade material, ou seja, ser um direito que busque uma “igual dignidade” entre os sujeitos; depois, deve-se aferir equivalência aos direitos, liberdades e garantias, sendo análogo o direito cujo conteúdo puder ser extraído das normas constitucionais a ele referentes (ALEXANDRINO, 2011, p.51-52). Nesse sentido, pois, valendo-se do conceito de suporte fático, pode-se dizer que os requisitos propostos pelo autor são atendidos, sendo considerados os direitos sociais, também no direito português, diretamente aplicáveis.

constitucional. Não importa ainda avaliar se a proteção é insuficiente ou violadora de outras normas constitucionalmente protegidas.

Num segundo momento, vê-se concretamente se o estado atuou, dentro das condutas que abstratamente pertencem ao âmbito temático da norma, de forma a proteger suficientemente o direito social em questão. Se a resposta for negativa, surge a possibilidade, no Brasil, de reivindicação judicial do direito social e, em Portugal, de peticionar aos órgãos competentes para que acionem a fiscalização da inconstitucionalidade da omissão pelo Tribunal Constitucional, que, se julgar ser o caso, comunicará a quebra de dever ao Legislador.

Por último, analisa-se se a insuficiência na proteção do direito social tem justificação constitucional, e se é embasada em outras normas e valores que, no caso concreto, mereçam tanta ou mais proteção que o direito social insuficientemente protegido, em exame de proporcionalidade, passando pelas avaliações de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da insuficiência.

Desse modo, conclui-se pela fórmula “ $DSx (IE. \neg FC) \rightarrow Ox$ ”, pela qual  $x$  representa a atuação estatal que promove o Direito Social invocado ( $DSx$ ); ( $IEx. \neg FC$ ) representa a inércia estatal não fundamentada constitucionalmente e  $Ox$  a consequência jurídica, que é o dever de prestação estatal (SILVA, 2010, p. 78), como indicada a ser utilizada pelo aplicador do direito para definição e preenchimento do conteúdo do direito social.

Através desse recurso, é possível que:

- i) o Judiciário possa se valer de critérios tangíveis para averiguação de violação das normas consagradoras de direitos sociais, podendo promover sua tutela no caso concreto;
- ii) a falta de atuação do legislador não seja empecilho à atribuição de densidade normativa às normas de direitos sociais por via interpretativa;
- iii) em última instância, possa conduzir, no ordenamento português, à busca de uma dogmática unitária de direitos fundamentais.

### Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais – Introdução geral*. Estoril: Principia, 2011.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Vol. 1. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014.

