

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

RUI DECIO MARTINS

THIAGO LOPES DECAT

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori, Rui Decio Martins, Thiago Lopes Decat –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-138-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

A publicação que ora apresentamos é o resultado dos trabalhos concentrados no grupo de Teoria dos Direitos Fundamentais, da 24ª edição do CONPEDI. A transversalidade das questões relativas a direitos fundamentais, aliada à relevância prática destas questões e ao tratamento teórico/racional que o tema tem angariado na academia jurídica pátria, explica a diversidade de temas e enfoques presentes nos textos deste volume. Aliando reflexões sobre a fundamentação dos Direitos Fundamentais, sua efetivação e aplicação em contextos diversos, esta obra exerce a importante função de divulgação acadêmica de como o campo jurídico, nos termos de Bourdieu, elabora sua compreensão desta importante classe de direitos subjetivos, na sua função ao mesmo tempo condicionadora do exercício dos demais direitos e contramajoritária. Em constante tensão produtiva com a soberania popular, e equiprimordial em relação a ela, o conjunto dos direitos fundamentais articula a proteção da autonomia privada com a autonomia pública constitutiva da soberania popular, de modo a fornecer o conteúdo mínimo daquilo que se chama hoje de estado democrático de direito. Neste sentido, os direitos fundamentais e o conceito conexo de dignidade, ainda hoje próximo de suas raízes kantianas, pode ser compreendido como topos inevitável da teoria do direito, mesmo que a densificação de seu conteúdo para além dos critérios formalistas/procedimentais kantianos e liberais remeta necessariamente, em sociedades pluralistas e postradicionais, a uma teoria da argumentação. Esta é a razão pela qual não se poderia deixar de incluir no título do grupo de trabalhos que deu origem a esta publicação a questão epistemológica de que tipo de teoria seria apropriada para a concreção do sentido destes direitos em contextos concretos de ação. Os trabalhos que integram a obra tratam de todas estas questões, abordando assuntos que vão desde o tipo de teorias apropriadas para lidar com o tema, passando pela Dignidade da Pessoa Humana, Estado democrático de Direito, a prioridade da proteção das crianças e adolescentes, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o princípio da laicidade, a concretização tardia do valor iluminista da solidariedade, os direitos da personalidade, a história e a terminologia dos direitos humanos, os direitos humanos na declarações de direitos, a relação entre direitos humanos e o trânsito à modernidade, constitucionalização simbólica e direito de reunião, a contraposição entre a relatividade dos direitos humanos e a ideia de um núcleo conceitual invariável de tais direitos, direito à informação e liberdade de expressão, proibição administrativa, a teoria dos princípios jurídicos, rumos possíveis do processo histórico de compreensão dos direitos humanos, a ideia de ponderação de princípios, a tensão entre direitos humanos e elementos identitários nas práticas sociais de

povos tradicionais até a teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Acreditamos que tal diversidade, em vez de revelar ausência de sistematicidade nas reflexões sobre os direitos fundamentais, expõe um dos pilares de toda investigação científica digna deste nome: a liberdade no pensar e a apropriação dos conceitos para reflexões próprias, característica de pesquisadores e de um campo do saber verdadeiramente emancipados.

NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ABSOLUTO OU RELATIVO?

NÚCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ABSOLUTO O RELATIVO?

**Ariadne Nascimento da Silveira Bonato
Juliane Andrea de Mendes Hey Melo**

Resumo

O presente artigo propõe-se a expor, de maneira não exaustiva, as teorias relativa e absoluta, as quais visam responder se há e qual o limite do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, no entanto por perspectivas diferentes. Desse modo, pretende-se responder se os direitos fundamentais imperam de maneira absoluta ou relativa no âmbito da atuação ou abstenção estatal. Para tanto, inicialmente, será discorrido sobre as duas dimensões que os direitos fundamentais podem ser abordados, quais sejam, objetivo e subjetivo, para depois adentrar nas teorias relativa e absoluta propriamente dita.

Palavras-chave: Conteúdo essencial, Teoria relativa, Teoria absoluta

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo tiene como propuesta exponer, de manera no exhaustiva, las teorías relativas y absolutas, que tienen el objetivo de responder se hay y cuál es el límite del contenido esencial de los derechos fundamentales, todavía de maneras distintas. Así, propone-se a responder se los derechos fundamentales imperan de manera absoluta o relativa no ámbito de actuación o abstención estatal. Para eso, inicialmente, se hablará de las dos dimensiones que los derechos fundamentales pueden ser abordados, objetivo y subjetivo, para después adentrar en las teorías relativa y absoluta.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contenido esencial, Teoría relativa, Teoría absoluta

1. INTRODUÇÃO

Existem diversas teorias que visam definir qual seria o núcleo essencial dos direitos fundamentais, no entanto, este artigo não possui como escopo este estudo. O presente artigo pretende, singelamente, estudar se o núcleo essencial dos direitos fundamentais, independente de qual teoria se adote, é posto de maneira relativa ou absoluta.

A adoção por um dos dois véis (Teoria Relativa ou Teoria Absoluta) é fundamental, pois com base neles será possível afirmar se há ou não a possibilidade de restringir um direito fundamental e se sim, em que medida.

Para tanto, faz-se necessário esclarecer, inicialmente, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser abordado por meio de duas dimensões, quais sejam, objetivo e subjetivo.

Na dimensão objetiva, o direito fundamental baseia-se no significado de um determinado direito para a vida social. Assim, a proteção do conteúdo essencial está relacionada a restrições que reduzem a eficácia de determinado direito fundamental, ao ponto de torná-lo sem significado para os sujeitos ou parte deles.

Nesse sentido, explica Vergílio Afonso da Silva (2009, p. 186):

A partir de uma dimensão estritamente objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significaria dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte dele.

No entanto, pensar na proteção do conteúdo essencial apenas nesta perspectiva objetiva não é suficiente.

Isto porque, é possível que a restrição ou eliminação de um direito fundamental não afete a vida social ou um grupo de pessoas, mas, por outro lado, afete e viole o conteúdo essencial de um caso concreto.

Para evitar isto, faz-se necessário complementar a dimensão objetiva com a dimensão subjetiva.

Diferentemente da dimensão objetiva, no caso da dimensão subjetiva a proteção do conteúdo essencial parte do indivíduo e é definido a partir de uma perspectiva subjetiva, a fim de exemplificar, Vergílio Afonso da Silva aduz (2009, p. 187):

(...) Contra esse enfoque subjetivo seria possível argumentar que em vários casos concretos é possível que nada reste de um direito fundamental, sem que isso deva ser considerado como algo a ser rechaçado. Exemplos não faltam: pena de morte (no Brasil, em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados. Com base nisso, aqueles que defendem um enfoque meramente objetivo argumentam que o enfoque subjetivo não teria como lidar com tais situações, enquanto a resposta a partir de uma dimensão objetiva seria clara: em nenhum desses casos o conteúdo essencial desses direitos, em sua função para a vida social, foi atingido.

Vergílio Afonso da Silva ainda complementa (2009, p. 186):

(...) a partir de um modelo relativo de conteúdo essencial, é possível sustentar que, embora em alguns casos nada reste de um direito fundamental – como nos exemplos acima –, mesmo assim permanece o dever de proteger tal conteúdo a partir de uma perspectiva subjetiva e individual.

Desse modo, pode-se dizer que ambas as dimensões, como será visto adiante, são importantes para a análise das restrições ao conteúdo essencial, tanto que são utilizadas para fundamentar as teorias sobre o conteúdo essencial absoluto e relativo.

A primeira teoria que chamou a atenção para este duplo caráter dos direitos fundamentais, foi a teoria ou concepção institucional dos direitos fundamentais, baseada em Haberle, segundo o qual os direitos fundamentais possuem uma característica jurídico-individual, “enquanto garantem aos seus titulares um direito subjetivo público” (NOVAES, 2003, p. 60), bem como uma característica institucional objetivo, “enquanto

garantias constitucionais de âmbitos de vida de liberdade juridicamente ordenados e conformados” (NOVAES, 2003, p. 60).

Desse modo, ambas as dimensões vinculam o Estado aos direitos fundamentais, cabendo ao poder público se abster de restringir liberdades conferidas pelos direitos fundamentais aos particulares, como também de atuar positivamente permitindo o seu efetivo exercício, “bem como de o Estado estruturar todo o ordenamento jurídico em conformidade e em função dos direitos fundamentais (NOVAES, 2003, p. 58)”.

Assim, cabe a discussão se os direitos fundamentais imperam de maneira absoluta ou relativa no âmbito da atuação ou abstenção estatal.

2. CONTEÚDO ESSENCIAL ABSOLUTO

As teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto possuem a ideia central de que os direitos fundamentais têm um limite absoluto e intransponível, assim, independentemente da situação ou eventuais interesses em volta de sua restrição, o núcleo essencial deve ser protegido (SILVA, 2009, p. 187).

Para esta corrente, o conteúdo essencial deve ser absoluto quanto à finalidade ou valor que justifica o direito, não podendo ser rompida pelo legislador, para, assim, funcionar com barreira ao abuso de poder (MIRANDA, 2000, p. 341).

Desse modo, para estas teorias é certo que o direito fundamental possui um núcleo que não se pode intervir em hipótese alguma (CALIL 2012, p. 80), pode-se dizer em um conteúdo essencial de esfera imutável (SILVA, 2009, p. 188).

Nesse diapasão, Manfred Stelzer explica que o elemento definidor de todas as teorias absolutas é a “aceitação de um conteúdo mínimo ou residual de cada direito fundamental que resiste ao tempo e a todas as situações sociais” (SILVA, 2009, p. 188).

Graficamente, pode-se dizer que o direito fundamental possui duas partes - uma essencial e inviolável e a outra não essencial.

Pensando em círculos concêntricos, ter-se-ia, o círculo exterior representando a parte não essencial e o círculo interno a parte essencial e inviolável.

No âmbito da parte não essencial, admite-se restrições - formadas em círculos concêntricos, sendo o círculo exterior composto “por faculdades periféricas ou acidentais, que podem ser sacrificadas para salvaguardar outros bens jurídicos, enquanto o círculo

interior constitui um núcleo fixo e de contornos precisos, que não pode ser transposto sem que se incorra em inconstitucionalidade” (PEREIRA, 2006, p. 373).

Assim, a parte periférica estaria desprotegida, podendo ser tocada sem afetar o seu núcleo (LOPES, 2004, p. 14).

No entanto, grande parte da doutrina que defende um núcleo essencial absoluto não possui uma definição tão rígida acerca do que é o conteúdo essencial, ao contrário “se esforçam em sublinhar que conteúdo essencial absoluto não é sinônimo de conteúdo essencial imutável” (SILVA, 2009, p. 188).

Assim, com esta divergência, Vergílio Afonso da Silva apresenta uma distinção entre uma teoria absoluta dinâmica e uma teoria absoluta estática.

Para ele, no caso da teoria absoluta dinâmica apesar de o conteúdo essencial possuir um limite absoluto e intransponível, ele não é estático e imutável, assim, “embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo” (SILVA, 2009, p. 188).

Por outro lado, no caso da teoria estática, os limites do conteúdo essencial dos direitos fundamentais são absolutos em dois sentidos: espacial e material-temporal. Assim, como o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é intangível e imutável, somente o que não mudar no tempo, não depender de ideologia ou da realidade social poderá ser considerado conteúdo essencial (SILVA, 2009, p. 189).

No entanto, para Vergílio Afonso da Silva o conteúdo essencial estático não impede a dinamicidade do conteúdo total, em suas palavras (SILVA, 2009, p. 190):

Ora, o fato de a constituição (ou os direitos fundamentais) ser dinâmica não impediria que parte dela fosse considerada absoluta e estática. Basta, para tanto, que essa parte estática não seja demasiado ampla. Nesse sentido uma teoria absoluta-estática pode até mesmo ser mais flexível e mais próxima das teorias relativas que uma teoria absoluta-dinâmica.

Ainda, concernente ao limite absoluto dos direitos fundamentais, há doutrinadores que defendem que ele corresponde à dignidade da pessoa humana, pois seria a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material.

Nesse sentido, posiciona-se Vieira de Andrade (ANDRADE, 1987, p. 236):

A dignidade do homem livre constitui para nós a base dos direitos fundamentais e o princípio de sua unidade material. Se a existência de outros princípios ou valores (inegável numa Constituição particularmente marcada por preocupações de caráter social) exige que os direitos possam ser restringidos (ou os limita logo no plano constitucional), a ideia de homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias (a que se refere o art. 18^a), tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição.

Todavia, esta concepção possui dois problemas, o primeiro, sendo a dignidade da pessoa humana o conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais, é somente a dignidade que possui um conteúdo essencial absoluto, assim, os demais direitos possuiriam um conteúdo relativo, sendo admissível a sua restrição completa (ANDRADE, 1987, p. 237). O segundo, por sua vez, “reside no risco de uma hipertrofia da dignidade e da consequência absolutização de todos os direitos fundamentais” (SILVA, 2009, p. 192/193).

Concernente ao segundo problema apontado, temos como exemplo o Brasil, onde muitos casos de restrição dos direitos humanos tendem a ser encarados como afronta a dignidade da pessoa humana, assim, para Vergílio Afonso da Silva (2009, p. 193/194):

Diante disso, pode-se dizer que ou a dignidade humana é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de enorme “guarda-chuva”, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção (...) A inflação no uso da dignidade humana no discurso forense não tem ligação direta com a realidade social do país, e é um fenômeno limitado exclusivamente ao discurso jurídico.

Vislumbra-se, assim, que é perigosa a fixação da dignidade da pessoa humana como conteúdo essencial dos direitos humanos, posto que o uso demasiado poderá culminar em sua banalização.

Para evitar a banalização, o argumento da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado com cautela.

Ademais, em determinados casos é certo que se pode ter os mesmos, ou até melhores, resultados, utilizando outra fundamentação.

Por fim, vale colacionar, ainda, a posição adotada por Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2008, p. 185), o qual é contra a fixação da dignidade humana como um núcleo essencial.

Para o autor, não é correto afirmar que “todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana e, portanto, um conteúdo certo em dignidade”, bem como “não é correto afirmar que o conteúdo em dignidade dos direitos (que sempre é variável) seja sempre equivalente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais”.

1.3 CONTEÚDO ESSENCIAL RELATIVO

O que diferencia as teorias que defendem um conteúdo essencial relativo das teorias abordadas do tópico anterior, é que a teoria relativa rejeita um conteúdo essencial com contornos fixos e definidos a priori para cada direito fundamental.

Para a teoria relativa, o conteúdo essencial dependerá “das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto, isso significa dizer, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação” (SILVA, 2009, p. 196).

Assim, se existe uma restrição, com o objetivo de realizar e proteger bens jurídicos mais importantes, isto não necessariamente afetará o conteúdo essencial do direito restringido, ainda que em determinados casos nada reste dele (SILVA, 2009, p. 196/197).

A principal versão desta teoria é a que vincula o conteúdo essencial à regra da proporcionalidade.

Para esta versão, as “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. (...) Nesse sentido, restrições não-fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial” (SILVA, 2009, p. 197/198).

Desse modo, o conteúdo essencial não se define com base na intensidade da restrição, mas sim de acordo com a aplicação da regra da proporcionalidade, na presença de fundamentação válida.

Nesse caso, o conteúdo essencial somente pode ser definido diante do caso concreto, por meio da ponderação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 244).

Assim, no caso da teoria relativa, não se vislumbra o conteúdo essencial como barreira à atividade legislativa, mas como reforço da exigência de proporcionalidade das restrições (LOPES, 2004, p. 14).

No entanto, o doutrinador Jorge Miranda critica a teoria relativista, afirmando para tanto que “as teses relativistas são de rejeitar, porque confundem proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2) e conteúdo essencial (art. 18.º, n.º 3)” (MIRANDA, 2000, p. 341)¹.

Todavia, Vergílio Afonso da Silva refuta a crítica afirmando que o núcleo essencial corresponde, na realidade, ao resultado da aplicação da regra da proporcionalidade, aduz que “tratam a essencialidade como um valor a ser respeitado no caso concreto. Se assim não fosse (...) seria necessário aceitar que restrições a direitos fundamentais, ainda que proporcionais, pudessem eventualmente afetar seu conteúdo essencial” (SILVA, 2009, p. 198).

Dessa maneira, em suma, por meio do caso concreto e do sopesamento é possível extrair o núcleo essencial do direito fundamental.

O sopesamento, vale dizer, “pressupõe a primazia de um dos princípios em conflito no caso concreto, porém, sem o aniquilamento do outro, de modo que a otimização depende das condições fáticas e jurídicas concretas” (CALIL 2012, p. 85).

Alexy apresenta dois modelos de sopesamento, um que leva ao decisionismo e outro que considera racional (ALEXY, 2008, p. 165):

(...) a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência é afirmar, um

¹ No mesmo sentido afirma José Carlos Vieira de Andrade. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. p. 305.

sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes.

Nesse diapasão, poder-se-ia questionar acerca da possibilidade de sopesamento quando se trata da dignidade humana, ou seja, a dignidade humana pode ser objeto de sopesamento?

Alexy responde a esta questão propondo uma estrutura diferenciada para a garantia da dignidade humana.

Segundo o autor, a dignidade humana possui um duplo caráter, corresponde a uma regra e a um princípio, sendo a parte regra absoluta e a parte princípio sopesável (ALEXY, 2008, p. 111/113).

Sobre o assunto, Vergilio Afonso da Silva leciona que (SILVA, 2009, p. 201/202):

(...) a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que a própria Constituição, em normas com estrutura de regra, defina condutas absolutamente vedadas nesse âmbito. A principal delas seria, sem duvida alguma, a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5º, III)201/202.

Em consonância, o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2001, p. 139), afirma que:

Não se deve confundir a necessidade de se harmonizar, no caso concreto, a dignidade na sua condição de norma-princípio (que, por definição, admite vários níveis de realização) com outros princípios e direitos fundamentais, de tal sorte que se poderá tolerar alguma relativização, com a necessidade de respeitar, proteger e promover a igual dignidade de todas as pessoas, não olvidando que, antes mesmo de ser norma jurídica, a dignidade é acima de tudo, a qualidade intrínseca do ser humano e que o torna merecedor, ou pelo menos, titular de uma pretensão de respeito e proteção.

Do recorrido até então, conclui-se que, para a teoria relativa, sendo o conteúdo essencial dos direitos fundamentais decorrentes da regra da proporcionalidade, “qualquer dispositivo constitucional acerca da questão tem valor meramente declaratório. Isso não significa, é claro, que tais dispositivos sejam desprovidos de função, mas essa função é mais simbólica que constitutiva” (SILVA, 2009, p. 202).

No caso dos direitos sociais, no entanto, há diferenças que devem ser observadas. A principal diz respeito a atuação do Estado, ou seja, ao contrário dos demais direitos em que o Estado deve permanecer inerte, no caso dos direitos sociais o Estado deve agir.

Vergílio Afonso da Silva aduz que “a ideia de um conteúdo essencial dos direitos sociais remete automaticamente e intuitivamente ao conceito de mínimo existencial” (SILVA, 2009, p. 202).

No entanto, essa concepção deve ser vista com cautela, pois o conceito de mínimo existencial possui diversos sentidos: aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justificável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem reação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social (SILVA, 2009, p. 204/205).

Em consonância, Ingo Wolfgang Sarlet também faz a ressalva de que (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 185):

este núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo) este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente. Por outro lado, tal constatação não afasta a circunstância de que, quando for o caso, este próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização (o que é uma moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas), bem como a necessária utilização de uma interpretação, simultaneamente tópico e sistemática,(50) designadamente quando estiver em causa a extração de alguma consequência jurídica em termos

de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.

Assim, na teoria relativa o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais está ligado a fundamentações visando justificar um eventual não-fazer desse direito.

O conteúdo essencial, será o produto do que pode ser realizado ante as condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto, ou seja, “o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível” (SILVA, 2009, p. 205).

Em que pese a doutrina defenda ambas as teorias, no Brasil não existe previsão legal com o escopo de preservar o núcleo essencial, tampouco aderindo a teoria absoluta ou a teoria relativa.

Diante disso, os doutrinadores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2006, p. 168) afirmam que:

No debate brasileiro, a necessidade de preservar o conteúdo essencial (ou núcleo do direito) é indicada por muitos doutrinadores. Contudo, a ausência de disposição expressa, assim como a particular dificuldade em estabelecer o conteúdo nuclear de um direito leva à conclusão de que inexistente tal requisito limitador das intervenções legislativas. Como se verá, todas as limitações impostas ao direito pelo legislador devem satisfazer o critério da proporcionalidade que tutelar os conteúdos essenciais do direito limitado. Mas a isso não deve ser acrescentado um dever autônomo de preservar um suposto núcleo que aumentaria o risco de avaliações subjetivas da constitucionalidade de leis regulamentadoras

Já para o doutrinador Paulo Ricardo Schier (SCHIER, 2006, p. 784/786), a inexistência de previsão legal com o escopo de preservar o núcleo essencial não significa que não existe um dever de preservar o núcleo essencial, ao contrário, a necessidade de preservação decorre do modelo garantístico utilizado pelo constituinte.

Em seu trabalho defende, em síntese, que o conteúdo essencial fundamenta-se nas cláusulas pétreas.

Para tanto, afirma que:

Note-se que as cláusulas pétreas são verdadeiras barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, buscando resguardar um determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional.

Referida proteção, por certo, alcança a eventual atividade erosiva da Constituição por parte dos poderes constituídos, tanto direta quanto virtual. Afinal, não serão inconstitucionais apenas as emendas que, diretamente, afrontem as cláusulas pétreas, mas também aquelas que, mesmo tendencialmente, as afetem.

Nesta seara, portanto, qualquer intervenção do poder reformador que direta ou indiretamente atingir a existência de um direito fundamental consagrado como pétrea será, inequivocamente, inconstitucional.

Neste quadro, então, é possível caminhar no sentido de defender-se que são as cláusulas de intangibilidade que albergam a recepção, no Brasil, do princípio da preservação do núcleo essencial do direito restringido.

Isto porque se a afetação, ainda que virtual, ainda que indireta, dos direitos fundamentais é vedada ao poder constituinte derivado, por certo referida afetação alcança também a atividade do legislador infraconstitucional.

Em que pese a inexistência de previsão legal, no Brasil, com o escopo de preservar o núcleo essencial, bem como qual das teorias adotar com relação aos limites das restrições, por tudo o que se viu, pode-se concluir que a teoria que melhor define os limites e de que maneira interferem no âmbito da atuação ou abstenção estatal é a teoria relativa, a qual defende a existência de um conteúdo essencial relativo, segundo a qual, em suma, o limite dos direitos fundamentais não pode ser pré-estabelecido, pois depende do caso concreto, sendo obtido a partir da ponderação.

Isto porque, analisando as restrições aos direitos fundamentais nas dimensões objetiva e subjetiva, ela é capaz de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais em ambos os âmbitos. Ademais, não representa apenas uma barreira legislativa impositiva, ao contrário, ela apenas representa um reforço para exigir a proporcionalidade das restrições.

Por outro lado, a defesa de um núcleo essencial absoluto, faz com que a imutabilidade do núcleo essencial signifique, em determinadas situações, a ineficácia de um direito fundamental em uma dimensão subjetiva, ou até mesmo objetiva.

4. CONCLUSÃO

Buscou-se com este artigo expor, brevemente, as teorias relativa e absoluta, as quais pretendem estabelecer limites ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a fim de limitar a atuação ou abstenção estatal, no entanto por perspectivas diferentes.

Contudo, ante de adentrar e explicar, especificadamente, cada teoria, fez-se necessário analisar previamente as dimensões que podem ter os direitos fundamentais, quais sejam, dimensão objetiva e dimensão subjetiva.

Na dimensão objetiva, como explicado, o direito fundamental baseia-se no significado de um determinado direito para a vida social, de modo que a proteção do conteúdo essencial estaria relacionada a restrições que reduzem a eficácia de determinado direito fundamental, tornando sem significado para os sujeitos, ou para parte deles, aquele direito fundamental.

Contudo, como visto, pensar apenas na proteção do conteúdo essencial na perspectiva objetiva não é suficiente, uma vez que a restrição pode não afetar a vida social ou um grupo de pessoas, mas, por outro lado, pode afetar e violar o conteúdo essencial de um caso concreto.

Para evitar isto, apresentou-se a dimensão subjetiva, a qual visa a proteção do conteúdo essencial partindo do indivíduo e definindo a partir de uma perspectiva subjetiva

Assim, demonstrou-se a importância da análise de ambas as dimensões, para a análise das restrições do conteúdo essencial.

A partir dessa premissa, apresentou-se a teoria absoluta e a teoria relativa.

A primeira teoria (Teoria Absoluta), como visto, estabelece limites fixos, pré-estabelecidos e imutáveis, os quais são invioláveis, de tal forma que não podem ser tocados sob hipótese alguma.

Nessa perspectiva, o direito fundamental poderia ser dividido em dois círculos concêntricos, sendo que o exterior representaria uma face maleável, composto por uma

parte não essencial dos direitos fundamentais, e o interior um núcleo fixo e bem definido, composto por uma parte essencial e inviolável, o conteúdo essencial.

Posteriormente, apresentou-se a teoria relativa, segundo a qual rejeita um conteúdo fixo, como a teoria anterior estabelece.

Para esta teoria o conteúdo essencial é relativo, pois somente poderá ser definido diante do caso concreto, variando de situação para situação, utilizando-se da ponderação, aplicando-se a regra da proporcionalidade. Neste âmbito, não seria uma barreira à atividade legislativa, mas sim um reforço para exigir a proporcionalidade das restrições.

Apresentou-se que no Brasil não existe previsão legal objetivando a preservação do núcleo essencial, tampouco uma regra aderindo uma das teorias apresentadas (Teoria absoluta ou Teoria Relativa), mas há autores que defendem que o conteúdo essencial fundamenta-se nas cláusulas pétreas, afirmando que são verdadeiras barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, buscando resguardar um determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional.

Por fim, afirmou-se que apesar de não existir uma previsão legal acerca da preservação do núcleo essencial e estabelecendo uma das regras apresentadas no Brasil, isto não quer dizer que não se faz necessário protegê-lo, ao contrário, depreende-se do modelo garantístico utilizado pelo constituinte que existe um dever de preservação do conteúdo essencial.

Para tanto, a segunda teoria apresentada se demonstra mais apta a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Isto porque, ela é capaz de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais tanto na dimensão subjetiva, quanto na dimensão objetiva, além de que não representa apenas uma barreira legislativa impositiva, ao contrário, ela representa tão somente um reforço para exigir a proporcionalidade das restrições.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. **A teoria do suporte fático aplicada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição da República de 1988**. *Revista Em tempo-ISSN 1984-7858* 11.1 (2012): 70-87.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. *Revista de Informação Legislativa*. v. 164. Brasília: Senado Federal, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 244.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, vol IV, 3º ed, coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NOVAES, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_ricardo_schier.pdf. Acesso em: 20 março 2015.

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