

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUPORTE FÁTICO: NOTAS A VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

*Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira**

RESUMO

Este *paper* trabalha com uma exposição crítica da apresentação feita por Virgílio Afonso da Silva sobre as teorias restritiva e ampliativa do suporte fático abstrato dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Teorias do Suporte Fático Abstrato. Virgílio Afonso da Silva.

ABSTRACT

This paper works on a critic exposition of the presentation made by Virgílio Afonso da Silva on restrict and wide theories of the abstract factual basis of the fundamental rights.

Keywords: Fundamental Rights. Theses of Abstract Factual Basis. Virgílio Afonso da Silva.

INTRODUÇÃO

Em 2009 foi publicada obra de Virgílio Afonso da Silva, resultante de trabalho feito para o concurso de professor titular da Universidade

* Advogado; Diretor Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Vitória (FDV); E-mail: julio.pfhs@gmail.com.

de São Paulo e intitulada *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. O estudo que ora se apresenta, como deixa claro seu título, elegeu como foco esta obra, em especial o capítulo que discute as teorias do suporte fático dos direitos fundamentais.

O que ora se oferta é uma apresentação sistematizada das conclusões levantadas pelo próprio autor, aliada à tentativa de entendimento de suas ponderações, além do acréscimo de crítica com o fito de dialogar com o jurista, contribuindo, então, para aprofundar as ideias sobre o tema, bem como o debate acerca do mesmo. Daí que se optou por trazer outras abordagens não assumidas pelo professor, mas que, sem dúvida, são relevantíssimas para a compreensão cada vez maior do tema.

Tomando emprestada a estrutura desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva, em seu livro, este *paper* encontra-se dividido, sucessivamente, nos seguintes tópicos: ideia sobre o suporte fático, suporte fático restrito, suporte fático amplo e, por fim, a conclusão do trabalho.

IDEIA DE SUPORTE FÁTICO

A expressão suporte fático tem um único sentido que lhe é intuitivo: refere-se ao fato que dá suporte a alguma coisa. No entanto, são utilizadas muitas expressões em seu lugar como sinonímias, do que se pode citar no direito penal o uso do termo tipo e no direito tributário o emprego da expressão fato gerador, indicando, em ambos os casos, o evento concreto que se enquadra na hipótese da norma, ou seja, e aqui se reporta à crítica contundente de Alfredo Augusto Becker, o fato ou o tipo não geram coisa alguma senão confusão¹. Com efeito, prestando-se atenção, vê-se que tais expressões representam, muito mal, aquilo que se chama de suporte fático, ou seja, fato ou classe de fatos sobre que a norma jurídica incide, de acordo com a lição de Pontes de Miranda².

Ora, a norma jurídica é formada por uma estrutura, em que, resumidamente, há uma hipótese e uma consequência, que são separadas por um modal deôntico³; para que a consequência ocorra é preciso que se verifique o preenchimento da hipótese, que, por sua vez, só se dará se no mundo concreto ocorrer exatamente aquele evento jurídico

ou juridicizado. Daí que se separa o suporte fático em duas categorias, o suporte fático abstrato e o suporte fático concreto, de maneira que o primeiro representa aquilo que vem previsto na hipótese normativa, ao passo que o segundo representa o evento ocorrido no mundo concreto, dos fatos ou ôntico⁴. Ou seja, fato gerador e tipo são expressões que abrangem duas situações distintas, mesmo que de coexistência necessária, porque se uma norma tem em sua hipótese fato que nunca vai ocorrer concretamente, então essa norma não será aplicada em caso algum, ou se não há norma que traga em sua hipótese previsão de fato que tem ocorrência concreta comum, então não haverá consequências jurídicas.

Virgílio Afonso da Silva, ciente da distinção, revela que se preocupará apenas com a categoria do suporte fático abstrato, porquanto “a verificação da ocorrência do suporte fático em sentido concreto” dependa “da sua configuração em abstrato⁵”, completa-se, para ter sentido jurídico, isto é, para que seja juridicamente relevante. Assim, aquilo a que se refere, doravante, por suporte fático pertence, na verdade, à classe dos suportes fáticos em sentido abstrato.

Adotando-se o entendimento de que o suporte fático abstrato está contido no que se denomina hipótese de incidência normativa, que incide sobre o fato concreto e que sofre a incidência da regra contida no conseqüente normativo, e trazendo-se, mais uma vez, o exemplo das normas penais, tem-se no art. 121 do CP a previsão de que se verificado concretamente a ação de matar alguém, então, é possível que se aplique uma pena de reclusão de seis a vinte anos. O que se tem aí é a definição da amplitude do suporte fático (abstrato) para o crime denominado homicídio na modalidade simples.

As normas de direitos fundamentais, como todas as demais normas jurídicas, inclusive as penais, têm essa estrutura dupla representada pelo ser e dever-ser, real e ideal, hipótese e consequência, contam com a definição do primeiro fator (o suporte fático), “decisiva no debate acerca da eficácia das normas constitucionais que garantem direitos fundamentais”, embora “a definição do que seja suporte fático a partir da redação dos dispositivos constitucionais que garantem direitos fundamentais [seja] algo bastante contra-intuitivo”. Nisso, Virgílio afirma que há uma constraintuição porque a definição não leva em conta só o

âmbito de proteção do direito fundamental, se amplo ou se restrito, que é, aliás, o que se discutirá mais adiante; considera-se, também, contra o quê se efetua essa proteção, e é aí que o suporte fático caracteriza-se pela contraintuitividade⁸, já que para a formação do suporte fático faz-se necessária a intervenção estatal, ou seja, “o suporte fático somente é preenchido se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo”⁹.

Mas a composição do suporte fático defendida pelo autor não se esgota nesses dois elementos – âmbito de proteção e intervenção estatal –, ela abrange um terceiro fator: a inexistência de fundamentação constitucional para a intervenção, ou seja, se existente essa fundamentação o que se teria é uma restrição constitucional, não uma violação ao direito fundamental, impedindo-se a ocorrência da consequência jurídica¹⁰. É preciso observar, contudo, que a intervenção estatal adquire diferentes perspectivas dependendo do tipo de direito envolvido; se for o caso das liberdades públicas, não deveria haver intervenção estatal; e se for o caso dos direitos sociais, a intervenção estatal é necessária para sua promoção (ação prestacional). Assim, traduzindo-se esse entendimento em fórmula e utilizando os mesmos elementos¹¹, para facilitar a compreensão têm-se:

(1) Para as liberdades públicas: $APx(\neg FC.IEx) \rightarrow CJx$.

(2) Para os direitos sociais: $APx(\neg FC.\neg IEx) \rightarrow CJx$.

Assim, se uma liberdade ou uma ação estatal prestacional de determinado direito social é garantida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, inexistindo uma fundamentação constitucional para que, respectivamente, o Estado intervenha nessa ação, ou permaneça infundadamente omissa ou atue com insuficiência, então é possível ocorrer o efeito jurídico normativamente previsto, isto é, ou a proteção da liberdade pública ou a realização do direito social¹². Pode-se, nesse sentido, buscar em Alexy, embora seja preciso adaptar a abordagem aos direitos sociais, a explicação de que o âmbito de proteção tem uma relação íntima com as restrições constitucionais, dizendo

“respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições¹³” em relação à proteção de determinada liberdade pública, ou à realização de certo direito social.

Neste sentido, o embate entre as teorias sobre a amplitude ou extensão do suporte fático dos direitos fundamentais, se amplo ou restrito, a fim de que se possam estabelecer quais condutas são contempladas por um determinado direito fundamental e quais são excluídas, além do que revela grande importância em relação à aplicação desses direitos, à fundamentação das restrições que lhes são direcionadas e à escolha de que direito deve sobressair ou prevalecer em situações de colisão¹⁴.

SUPORTE FÁTICO RESTRITO

A primeira teoria envolve o entendimento de que o suporte fático dos direitos fundamentais não contempla todas as ações, fatos, estados ou posições jurídicas referidas a esses direitos, vale dizer, determinadas situações estão excluídas, para os defensores dessa teoria, do campo de atuação de um direito específico. O que a teoria parece assim preconizar é a existência de prévia exclusão do âmbito de um direito daquilo que é praticado, não se tratando de fundamentação constitucional que permita a restrição¹⁵, e sim de verdadeira ausência de proteção pela norma constitucional¹⁶.

Tem-se, então, uma tentativa de justificar o âmbito de proteção AP de um direito fundamental garantido *x*, ou seja, qual a extensão de *Ap_x*. Estabelecer quais são os limites dessa proteção implica pesquisar o modo como eles são estabelecidos, isto é, se eles são estabelecidos pela Constituição, caso das restrições (ou limitações constitucionais), pelo legislador infraconstitucional, caso das limitações legais, ou previamente à Constituição, no que se poderia falar em limitações naturais, ou até mesmo em limitações imanentes, intrínsecas. A teoria restritiva do suporte fático busca, então, determinar quais os limites daquilo que é protegido por uma norma de direito fundamental¹⁷.

Utilizando-se de alguns exemplos, tem-se: (a) o direito à liberdade de expressão permite que o indivíduo divulgue aquilo que pensa,

vedando-lhe, contudo, que se mantenha no anonimato; (b) o direito à liberdade de expressão torna possível, também, que as pessoas divulguem suas ideologias, mas não serve para justificar práticas ilícitas definidas em lei; (c) o direito à liberdade de expressão confere ao ser humano que exteriorize através da liberdade artística seus anseios, mas não lhe viabiliza pintar quadros em meio a cruzamentos movimentados¹⁸. No primeiro dos exemplos, percebe-se uma limitação constitucional, isto é, a Constituição restringe o anonimato. No exemplo seguinte, há uma limitação legal decorrente, como não poderia ser diferente, de uma definição legal de alguma prática ilícita, *exemplo gratia* o tráfico de influência. Por fim, o terceiro exemplo traz uma limitação que é natural, já que a forma de exercício da liberdade de expressão artística não é típica dessa liberdade¹⁹.

Portanto, a teoria restritiva do suporte fático abstrato trabalha com as limitações naturais que decorrem do próprio âmbito de proteção do direito, do que se pode lhe chamar essencial ou não²⁰. Neste sentido, a forma de exercício da liberdade artística do exemplo *c* poderia ser (c1) pintar quadros em cruzamentos bloqueados, ou (c2) pintar artisticamente o corpo nu para desfilas no carnaval, ou, ainda, (c3) andar nu pelo centro da cidade. Em *c1* a forma de exercício é considerada como plenamente possível, enquanto que em *c2* tal manifestação é posta em dúvida, embora seja praticada pelo menos anualmente no Brasil, e ao passo que em *c3* não se constitui como forma comum de exercer essa liberdade.

Essa teoria, conforme avisa Virgílio, trabalha com a desnecessidade de que as normas de direitos fundamentais *prima facie* sejam sopesadas, isto é, que direitos fundamentais enquanto princípios sejam sopesados²¹. Embora não se acredite que o constituinte e nem mesmo o legislador tenham almejado estabelecer direitos não definitivo (provisórios ou *prima facie*), e sim direitos definitivos, suponha-se, para não fugir à análise desenvolvida neste *paper*, que eles podem ser tratados como se fossem princípios. Voltando à vaca fria, para ilustrar, com um exemplo retirado da jurisprudência brasileira, o autor reporta-se ao “caso Doca Street”, em que Raul Fernando do Amaral Street, condenado em 1981 a 15 anos de reclusão por um homicídio cometido em 1976, foi personagem de um programa de TV transmitido pela Rede

Globo sobre o caso em 2003, não tendo conseguido, à época, proibir a transmissão, pleiteando com sucesso indenização pelo ocorrido, já que o juiz para o caso entendeu que “o programa em questão *não é, em absoluto, o que se pode chamar de informação jornalística*”, afastando, assim, qualquer ponderação que se pudesse pretender “entre a liberdade de informar, assegurada pela Constituição, e o direito à privacidade do indivíduo, também assegurado pela Constituição²²”.

A argumentação utilizada pelo juiz para conferir o direito à indenização respalda-se no entendimento de que não se constitui como forma usual de exercício da liberdade de expressão jornalística violar o direito à privacidade de indivíduos. Na mesma linha, o “caso Lebach”, em que a emissora televisiva ZDF pretendia exibir documentário sobre o assassinato de soldados em Lebach na mesma época em que um dos cúmplices do crime, nominalmente citado e apresentado por fotografias no programa, seria libertado da prisão. Depois de ter negado seu pedido, tanto pelo Tribunal Estadual quanto pelo Tribunal Superior Estadual, ele resolveu ajuizar, então, uma reclamação constitucional, tendo o Tribunal Constitucional Federal alemão entendido que como o indivíduo já havia sido condenado e não havia mais interesse atual nas informações do programa, para que não ficasse prejudicada a sua ressocialização, o documentário não poderia ser transmitido²³.

Em síntese, a limitação natural de um direito fundamental, por essa teoria, parte de limitação intrínseca ou implícita no ordenamento jurídico: a proibição de que as ações ou omissões, dos indivíduos ou do Estado, intervenham na situação jurídica de terceiros, tendo-se por terceiros tanto os indivíduos isoladamente considerados, quanto toda a sociedade ou coletividade. Limitação esta que não é de natureza nem constitucional nem legal, tratando-se, verdadeiramente, de limitação natural dos direitos fundamentais. Portanto, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais se limitam entre si, ou ainda, que o âmbito de proteção de cada um desses direitos tem como limite o âmbito de proteção de outro desses direitos.

Constituindo-se dessa forma tal limitação do âmbito de proteção sustenta-se, pois, que direitos fundamentais não colidem, e que, assim, desnecessário que se fale em sopesamento entre dois ou mais direitos fundamentais. Garante-se, dessa forma, o conteúdo essencial de cada

direito, independente da influência dos demais, e ainda se confere a possibilidade de que sejam restringidos (limitação constitucional) e regulamentados (limitação legal), sem prejudicar essa sua extensão mínima.

SUPORTE FÁTICO AMPLO

Como os próprios adjetivos dados às duas teorias permitem entrever, a restrição do suporte fático contribui para a necessidade de se fundamentar o motivo pelo qual determinada conduta, estado, fato ou situação jurídica não é circunscrita por um direito determinado, enquanto que a ampliação desse suporte fático direciona para a desnecessidade de se procurar e apresentar esse tipo de motivação.

A teoria ampliativa do suporte fático também trabalha com a extensão do âmbito de proteção *AP* de um direito fundamental garantido *x*. Só que, e como é intuitivo perceber a partir da contraposição entre o termo “restrito” e o termo “amplo”, a segunda teoria, que será a seguir apresentada, amplia ou abre o campo protetivo de cada um dos direitos fundamentais. Neste modelo, o âmbito de proteção não é o ponto nevrálgico e sim a argumentação utilizada em relação à fundamentação constitucional sobre a intervenção estatal nos direitos ou sobre a inércia estatal na realização desses direitos²⁴. Assim, o autor alega que a diferença entre o primeiro modelo (restritivo) e o segundo (ampliativo) é de que naquele basta apenas definir o que é protegido – ou seja: o que a classe do direito à liberdade de locomoção abrange; o que a classe do direito à liberdade de expressão engloba, e assim por diante – enquanto nesta, além de se ter que definir o que é protegido é preciso que haja “um sopesamento em situações concretas” com outros direitos “antes de se decidir pela sua proteção definitiva, ou não²⁵”.

Virgílio Afonso da Silva aponta algumas críticas à teoria do suporte fático restrito: (a) a delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental determinado não sofre atualizações²⁶; (b) a exclusão prévia de condutas²⁷; (c) a distinção entre regulação (regulamentação) e restrição²⁸.

Como a teoria ampliativa é a que o autor claramente adota, para que se possa contribuir com um aprofundamento do debate é interessante

– ou pelo menos se entende dessa maneira – que cada uma das críticas acima postas seja devidamente analisada.

A primeira crítica de Virgílio tem a ver com um conservadorismo em relação ao rol de ações, fatos, estados e posições jurídicas incluídos no âmbito de proteção de um direito fundamental específico. O autor pontua que essa lista não sofre ou não pode sofrer (“impossibilidade de atualização²⁹”) atualizações em seu conteúdo, ou seja, restringe-se à extensão da proteção conferida pelo direito “àquilo que, na época da promulgação da constituição, se queria proteger³⁰”. A crítica do professor centra-se no fato de que os autores restritivistas trabalham com a ideia de que cada direito fundamental possui um conjunto de ações, fatos, estados ou situações que lhes são típicos, e que, fora isso, a que ele chama de “tradicional”, “empedernido” e “convencional”, não há uma abertura para o novo³¹. Discorda-se do jurista, pois, mesmo que se utilize de termos como “conduta típica” ou mesmo “forma típica de exercício do direito”, isso não implica necessariamente na falta de atualizações do rol de condutas, estados, fatos e situações jurídicas protegidos. Sem abandonar a teoria restritiva é plenamente possível falar-se em abertura do âmbito de proteção de um direito para proteger determinadas situações que há vinte ou cinquenta anos não poderiam ser antevistas ou previstas pelo constituinte ou pelo legislador. É preciso, aliás, observar que, ao que parece os teóricos do restritivismo defendem a não-invasão pelo âmbito de proteção de um direito no âmbito de proteção de outro direito. Portanto, se essa atualização viabilizar essa invasão, então o rol protetivo não permitirá, por essa teoria, a inserção da nova situação.

A segunda crítica refere-se à exclusão prévia de condutas, ou melhor, com base em que critérios os restritivistas excluem determinadas condutas, fatos, estados ou situações jurídicas³². A crítica de Virgílio procede em certo ponto, isto é, quando ele argui que a maioria dos autores não desenvolve um método para excluir tais condutas, empregando exemplos meramente retóricos para contestar um suporte fático amplo³³. Na verdade, o que se pode extrair de todos os exemplos que o autor chama “absurdos” ou “estapafúrdios” é que a ampliação do suporte fático de um direito específico não pode incluir, de forma alguma, aquilo que normalmente ele não envolve. Para não incidir em

argumentos que possam ser ou parecerem absurdos, cita-se, assim, o seguinte: a liberdade religiosa protege a discriminação social pelo fato de um determinado indivíduo não pertencer a uma religião ou não aceitar as mesmas explicações para a ocorrência dos fenômenos? Os exemplos que ilustram essa pergunta são tanto históricos quanto atuais, bastando observar o desenvolver da vida quotidiana que não se verificará qualquer absurdo nessa colocação. O que se pode argumentar contra essa exclusão apriorística é – e nisso se aproveita a lição de Amartya Sen – que “o problema não está em listar capacidades que sejam importantes, mas insistir em uma lista pré-determinada e canônica de capacidades, escolhidas por teóricos sem haver qualquer discussão social geral ou uma justificativa pública³⁴”. Volta-se, portanto, à primeira crítica, de maneira que estabelecer uma lista fixa e imutável ou que se pretenda completa não é de bom alvitre, porque em cada tempo e espaço é preciso considerar diversos aspectos de relevo para formar uma lista, e, especialmente, estabelecendo-se em que contextos tal rol é válido e em quais não o é.

Ainda nessa segunda crítica, Virgílio aponta que, para aqueles que adotam a teoria ampliativa, a resposta para perguntas “meramente retóricas”, como “a liberdade religiosa protege o sacrifício humano em rituais de alguma religião?”, ou “a liberdade artística protege o pintor que quer montar seu cavalete de pintura no meio de um cruzamento movimentado?”, ou “a liberdade científica ou a artística garantem o uso da propriedade alheia para a realização de experiências ou obras de arte?”, dentre as outras que ele cita, seria uma e única, que, sim, situações desse tipo são protegidas³⁵. No entanto, o autor parece se esquecer que a resposta só é afirmativa se numa determinada sociedade, em certos espaço e tempo, admitir-se, seja moral ou juridicamente, o específico tipo de conduta em tela. Podem-se citar exemplos encontrados tanto na história quanto na jurisprudência, sejam cruzadas ou inquisições, sejam entendimentos de que dentro de um ônibus público negros têm de ceder lugar a brancos ou de que o racismo se refere apenas aos negros, mas não às minorias étnicas.

A questão tange, então, mais certamente outro ponto: se na sociedade brasileira, juridicamente falando, a liberdade científica protege os que usam a propriedade alheia para realizar experiências e que

se beneficiem sozinhos com os ganhos obtidos. Além do que, deve-se lembrar, as duas teorias se referem ao suporte fático abstrato, ou seja, a uma conduta juridicamente relevante, ou, por outra, se o ordenamento jurídico nacional não proíbe determinada conduta, classificando-a como criminosa, então ela poderá ser considerada dentro do âmbito de proteção de certo direito fundamental. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva faz remissão ao “caso Gerald Thomas” julgado pelo STF no HC 83.996, em que se entendeu que o ato obsceno praticado pelo paciente seria atípico, apesar de ser uma demonstração inadequada ou deseducada em relação ao comportamento, também deseducado do público que vaiou seu trabalho, justificando-se a atipicidade pelo fato de a própria peça, apresentada de madrugada, conter simulações de atos sexuais e ser exibida para público adulto³⁶. O Supremo parece, nesse caso, dar azo ao brocardo “volenti non fit iniuria”, ou àquilo sobre que se consente de livre vontade não é possível reclamar: o público ao ir ver, de madrugada, peça de conteúdo adulto por ter vaiado o trabalho do diretor submeteu-se, de livre vontade, ao ato obsceno. Todavia, neste caso, não há nenhum consentimento volitivo do público em ver as nádegas daquele diretor, e, mesmo assim, simulação de ato sexual não é ato sexual, e ato obsceno não é simulação de ato obsceno. Logo, basear-se em uma decisão de duvidoso acerto não é muito seguro para uma teoria.

A terceira crítica parece ser a mais acertada de todas as três, não pela distinção em si entre regulação e restrição, mas porque os direitos fundamentais podem ser restringidos constitucionalmente – como se pode conferir na leitura de algumas das próprias normas constitucionais, ou na análise do sistema –, restringidos legalmente – quando as normas constitucionais, por exemplo, conferem tal poder ao legislador – e restringidos naturalmente – quando uma forma de exercício não é típica em relação ao direito. Note-se que aí não se fala em regulamentação ou em regulação, mas em restrição. Restrições podem ser definidas, neste sentido, como cerceamentos ínsitos ou permitidos pelo sistema a um direito específico. Por sua vez, regulações ou regulamentações podem ser definidas como limitações que são apostas ao direito sem lhes prejudicar o conteúdo ou o exercício. Portanto, não há que se dizer que regulamentações se referem à forma do exercício dos direitos, ao passo que restrições se referem ao seu conteúdo³⁷.

Um exemplo, a essa altura, pode esclarecer: há a liberdade de exercício de profissão legalmente reconhecida, todavia, aquele que exerce tal profissão deve pagar imposto sobre serviço prestado (ISS), trata-se de mera regulamentação. Não há, como acredita Virgílio Afonso da Silva, a “impossibilidade” de distinguir os dois conceitos³⁸, o que existe é uma dificuldade de fazê-lo, porque não basta, para ficar no exemplo do ISS, estabelecer o imposto, é preciso observar regras constitucionais como aquelas referidas como limitações ao poder de tributar ou referentes ao próprio gravame, de modo que não se pode estabelecer um valor fixo para o ISS, obrigando, por exemplo, tanto o advogado que esteja começando quanto aquele que já possui muitos clientes a pagar mesmo valor de ISS, violando-se, então, direitos e garantias fundamentais do contribuinte em clara desvantagem³⁹.

CONCLUSÃO

Portanto, a teoria do suporte fático abstrato amplo trabalha com a ideia de direitos *prima facie* (ou provisórios) e direitos definitivos. Direitos provisórios são o meio para atingir direitos definitivos, mas, para que esse objetivo seja alcançado, deve-se passar por uma “relação de preferência”, como explica Alexy, que consiste, pois, na “definição de uma regra”, isto é, direitos *prima facie* são princípios⁴⁰, conforme a teoria do jurista alemão. Diante desse quadro e de tudo o que foi exposto, pode-se afirmar, então, que a teoria ampliativa e a teoria restritiva têm o mesmo escopo: estabelecer direitos definitivos ou direitos cujo âmbito de proteção seja definitivo. O que muda para atingir esse objetivo é o meio empregado: no caso da teoria do suporte fático restrito, o meio é completamente abstrato, e no caso da teoria do suporte fático amplo, o meio pode ser tanto abstrato quanto concreto.

REFERÊNCIAS

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

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte, Porto Alegre: Safe, 1986.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. Campinas: Bookseller, 1999. t. I.

SEN, Amartya. Human rights and capabilities. **Journal of Human Development**, v. 6, n. 2, 2005.

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

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

NOTAS

- 1 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 318.
- 2 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*, Campinas: Bookseller, 1999, p. 66.
- 3 Ver, por exemplo: KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Safe, 1986, p. 2; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997, pp. 123-124.
- 4 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 67-68.
- 5 SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2009, p. 68.
- 6 SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2009, p. 79.
- 7 Idem, p. 70 (adequado o tempo verbal).
- 8 Idem, p. 71.
- 9 Idem, p. 73.
- 10 Idem, pp. 74-75.
- 11 Em que: *x* representa alguma coisa que seja garantida, vale dizer, uma liberdade (direitos de liberdades) ou um direito social (decorrente de ação estatal prestacional); *AP*, o âmbito de proteção de um direito fundamental; *IE*, a intervenção estatal; $\neg IE$, ausência (inércia) ou insuficiência de ação estatal; $\neg FC$, a inexistência de fundamentação constitucional; e *CJ*, o efeito ou consequência jurídica.
- 12 SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2009, pp. 75, 78 e 78 nota 34.
- 13 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302.
- 14 SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2009, p. 68.
- 15 Idem, p. 81.
- 16 Idem, p. 82.
- 17 Idem, p. 86.

- 18 Idem, p. 87. O exemplo é pego emprestado de Friedrich Muller.
- 19 Idem, pp. 88-89.
- 20 Idem, p. 83.
- 21 Idem, p. 81.
- 22 Idem, p. 81, nota. 41.
- 23 Conferir: ALEXY, Robert. Obra citada, 2008, pp. 99-102.
- 24 SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2009, p. 94.
- 25 Idem, p. 109.
- 26 Idem, p. 95.
- 27 Idem, p. 97.
- 28 Idem, pp. 100-101.
- 29 Idem, p. 95.
- 30 Idem, p. 96.
- 31 Idem, pp. 96-97.
- 32 Idem, p. 97.
- 33 Idem, pp. 97-98.
- 34 SEN, Amartya. Human rights and capabilities. *Journal of Human Development*, vol. 6, n. 2, 2005, p. 158. No original: "The problem is not with listing important capabilities, but with insisting on one pre-determined canonical list of capabilities, chosen by theorists without any general social discussion or public reasoning".
- 35 SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, 2009, pp. 98-99.
- 36 Idem, pp. 53-54.
- 37 Idem, p. 100.
- 38 Idem, p. 101.
- 39 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 104-105.
- 40 ALEXY, Robert. Obra citada, 2008, p. 108.

Artigo recebido em: 28/05/2009

Aprovado para publicação em: 11/06/2009