

### Delimitação aos Direitos Fundamentais

#### WALBER DE MOURA AGRA

Mestre pela UFPE, Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze, Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV, Visiting Research Scholar of Cardozo Law School, Professor Visitante da Università degli Studi di Lecce, Professor Visitante da Université Montesquieu Bordeaux IV, Diretor do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais, Membro Correspondente do Cerdradi – Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement, Professor da Universidade Católica de Pernambuco, Procurador do Estado de Pernambuco, Advogado.

SUMÁRIO: 1 Preâmbulo da discussão; 2 A importância dos direitos fundamentais nas sociedades hodiernas; 3 A eficácia imediata das normas programáticas; 4 A Constituição como marco para a efetivação dos direitos fundamentais; 5 As limitações orçamentárias; 6 As decisões políticas como limite de extensão à efetivação dos direitos fundamentais; Conclusão; Referências.

#### 1 PREÂMBULO DA DISCUSSÃO

Sem sombra de dúvida, os direitos fundamentais constituem-se em uma importante fonte de legitimação das democracias atuais. Diante das críticas que pairam acerca dos mecanismos que estruturam as democracias hodiernas, eles servem para sedimentar axiomas que validam os mecanismos de poder existentes na sociedade<sup>1</sup>. Uma organização política que não disponibiliza de forma eficaz os direitos fundamentais a seus cidadãos não pode ser considerada como uma sociedade estável, haja vista os conflitos sociais que pululam em virtude de grassa desigualdade social existente.

Afora os poucos países que adotam uma Constituição flexível, os direitos fundamentais são estruturados em Textos Constitucionais que explicitam e garantem a supremacia destas prerrogativas, no escopo de possibilitar sua concretização na seara fática. Mesmo estando previsto em uma hierarquia normativa superior, vários de seus dispositivos não possuem eficácia concreta,

1 Neste diapasão está a exposição de Mirkine Guetzévitch: "As liberdades individuais e sociais ocupam um lugar de honra nas novas Constituições europeias. Mesmo as dos países onde a prática governamental ou administrativa não é absolutamente democrática consagram capítulos eloquentes à afirmação dessas liberdades. Pode-se dizer que o reconhecimento dos Direitos do Homem penetrou na opinião mundial com uma unanimidade quase desconcertante, pois, embora unânime, esse reconhecimento não é para tanto um penhor de eficácia" (MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Evolução constitucional europeia*. Trad. Marina de Godoy Bezerra. Rio Janeiro: José Konfino Editor, 1957. p. 157).

mormente os direitos sociais. Em sociedades periféricas, os direitos prestacionais se encontram relegados, deixando a maioria da população sem atendimento às suas demandas mais essenciais.

Seria bastante simplório afirmar que os direitos fundamentais representam a panaceia para os problemas vivenciados pelos cidadãos. Muitos são os estorvos para sua concretização. O primeiro já fora solucionado há muito tempo pela positivação de seus dispositivos no Texto Constitucional<sup>2</sup>; todavia, resta saber qual a densidade com que estes direitos devem ser garantidos. Por exemplo, o direito à saúde também compreende a prerrogativa de realizar cirurgias plásticas? Também podem ser enfocadas as limitações orçamentárias a realizações de determinados direitos, a denominada teoria dos “cofres cheios”, que igualmente serve para a procrastinação de várias prerrogativas fundamentais. Posteriormente, devem ser analisadas as injunções da seara fática, com a indagação se existe conjuntura propícia para o alargamento do conteúdo dos direitos fundamentais.

Estas são indagações bastante controversas e profundas para serem tratadas neste espaço. O intento almejado é, infelizmente, tratar estas questões de forma superficial e depois expor algumas conclusões para colaborar com o debate que ora se trava em muitos setores da ciência social.

Como plantea Garcia Pelayo, o direito constitucional, por ser o núcleo organizacional da sociedade, é palco de intensos debates ideológicos, o que impede uma leitura desapaixonada de seus dispositivos<sup>3</sup>. Assim, o posicionamento dos limites do Estado acerca da implementação dos direitos fundamentais vai depender do *ambitus*, na terminologia de Pierre Burdieu, do operador jurídico. Estes posicionamentos são oportunos para clarificar a ausência de intenção na obtenção de consensos em uma matéria em que convergências são de impossível concretização.

## 2 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS SOCIEDADES HODIERNAS

Os direitos fundamentais são o principal elemento para a legitimação das estruturas de poder da sociedade e, o que é mais importante, representam o elemento de convergência para todos os cidadãos, independente de sua classe social<sup>4</sup>. Em uma sociedade marcada pela diversidade da infraestrutura

- 
- 2 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 26.
  - 3 “Por se referir à substância da existência política de um povo está particularmente próximo a converter-se em um dos conceitos simbólicos e combativos, que tem sua razão não na voluntariedade do conhecimento, ou em sua adequação instrumental para a controvérsia com o adversário. Sem dúvidas que o conhecimento contrapõe a sua adequação instrumental para a controvérsia com o adversário.” (PELAYO, Manuel García. *Derecho constitucional comparado*. 3. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1991. p. 33)
  - 4 Para Smend, os direitos fundamentais são representantes de um sistema concreto de valores dentro de um processo de integração, com a função teleológica de legitimar a ordem legal positiva do Estado. A legitimidade do ordenamento jurídico apenas é realizada na medida em que reflete esses valores que foram agasalhados pelos direitos fundamentais. Eles representam o símbolo que deve unificar o povo e sob o qual a Constituição

macroeconômica, propiciando o esgarçamento do tecido social, essas prerrogativas inexoráveis dos cidadãos contribuem para acarretar acordos sociais, estabelecidos a despeito de seu posicionamento na cadeia produtiva.

A importância dos direitos fundamentais é uma unanimidade em todos os ordenamentos constitucionais, configurando-se como a principal característica das Cartas Magnas hodiernas. A “Era dos Direitos” assinala o ocaso da concepção hobbesiana de que os direitos fundamentais são prerrogativas inerentes ao Estado e somente poderiam existir enquanto fossem apanágio das atividades estatais<sup>5</sup>. Klaus Stern afirma que uma verdadeira e completa Constituição não existia até o estabelecimento dos direitos fundamentais como parte estruturante do Estado<sup>6</sup>.

A primazia ocupada pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico configura-se de tamanha magnitude que eles são elementos essenciais para que o processo de globalização seja deslocado de um enfoque mercantilista, em que prepondera a *lex mercatoris*, para um enfoque social, em que prepondere o homem e os seus interesses.

A utilização dos direitos fundamentais como arrimo à estruturação de poder, a homogeneização das classes sociais, incentivador do desenvolvimento da potencialidade humana e alicerce do regime democrático, advêm de uma tradição jusnaturalista, que concebe os direitos dos cidadãos como direitos intrínsecos ao homem, que são anteriores inclusive a qualquer organização política, existindo não em razão das leis ou do Estado, mas considerados como direitos inalienáveis, que não podem ser maculados por qualquer órgão estatal.

Exprime Luigi Ferrajoli que uma definição formal ou estrutural do conceito de direito fundamental pode ser obtido através da sua característica de universalidade, no senso de que eles podem ser atribuídos a todos os povos, tornando-se um apanágio da qualidade de cidadão<sup>7</sup>. Por sua vez, o Professor Paolo Barile assevera que os direitos fundamentais são invioláveis não porque é vedado ao Poder Legislativo realizar uma norma que infrinja esses preceitos ou em razão de que há impedimento até para a sua supressão por parte do Poder Reformador – de uma forma geral não se pode produzir normas que contrariem a Constituição ou que destruam as suas cláusulas pétreas. O motivo situa-se na importância valorativa das prerrogativas dos cidadãos, porque são consideradas as normas mais importantes do ordenamento jurídico, apenas podendo ser retirados do ordenamento jurídico pelo Poder Constituinte<sup>8</sup>.

---

pode unificar-se com maior facilidade no processo de integração. Argumenta que os direitos fundamentais não ostentam apenas uma legitimidade positiva-formal, mas igualmente ostentam uma outra, de natureza valorativa (SMEND, Rudolf. *Constitucion y derecho constitucional*. Trad. José M. Beneyto Pérez. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 228 e 231).

5 HOBBS, Thomas. *El Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 43.

6 STERN, Klaus. Global Constitution Movements and New Constitutions. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, p. 343, jul./dez. 2003.

7 FERRAJOLI, Luigi. *Il fondamento dei diritti umani*. Pisa: Servizio Editoriale Universitario, 2000. p. 8.

8 BARILE, Paolo. *Diritto dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Mulino, 1984. p. 53.

Definição interessante é a exposta por Gregório Peces-Barba Martínez, que, pela extensão de seus elementos, possibilita uma visão mais abrangente do objeto focado:

Os direitos fundamentais são o conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema deste, fundados na liberdade, na igualdade, na seguridade, na solidariedade, expressões da dignidade do homem, reunindo parte da norma básica material de identificação do ordenamento jurídico, e constituem um setor da moralidade procedimental positivada, que legitima o Estado Social de Direito.<sup>9</sup>

Francisco Tomás y Valiente diferencia a expressão direitos fundamentais da expressão direitos humanos<sup>10</sup>. Esta significa uma concepção ético-filosófica, portando uma concepção semântica muito abrangente; aquela apresenta uma conceituação mais restrita, referindo-se ao ordenamento jurídico-constitucional<sup>11</sup>. Uma concepção sistêmica da Constituição não pode vislumbrar as normas constitucionais apenas sob um ponto de vista normativo; de melhor alvitre para a concretização dos direitos fundamentais é a concepção ético-filosófica, que abrange tanto as normas abrangidas pela Carta Magna, quanto aquelas que fortalecem os dispositivos constitucionais, normas implícitas.

Para o definitivo estabelecimento da teoria dos direitos fundamentais, foi imprescindível o papel desempenhado por declarações que externavam determinadas prerrogativas à sociedade, tendo como um dos seus expoentes a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, do século XVIII, adotando uma concepção moderna, cujas prerrogativas da população eram anteriores ao Estado e à Constituição, e, portanto, os órgãos estatais não poderiam cerceá-los<sup>12</sup>. Entre os mais importantes textos que asseguram direitos humanos, podemos citar: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1917<sup>13</sup>.

Problema bastante relevante para a doutrina dos direitos fundamentais é a definição de sua extensão, elencando quais são os direitos que devem ser classificados como fundamentais<sup>14</sup>. Klaus Stern pondera que, se não é fácil

9 MARTÍNES, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p. 469.

10 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en Matéria de Derechos Fundamentales. In: *Enunciazione e Giustiziabilità dei Diritti Fondamentali nelle Carte Costituzionali Europee*. Profili Storici e Comparatistici. Milano: Giuffrè, 1994. p. 124.

11 GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais*. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. p. 48-49.

12 "[...] os direitos agasalhados pela Declaração de Direitos do Homem são direitos naturais, não foram conferidos pela sociedade, mas pela natureza. Eles são inerentes à essência do homem, fazem parte, de qualquer maneira, da verdadeira noção de ser humano." (RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: Universitaires de France, 1974. p. 59)

13 ARNAUD, André-Jean. *Por une pensée juridique européenne*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991. p. 133.

14 BALKIN, Jack M. Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=510482>>. Acesso em: 21 fev. 2004.

determinar o conteúdo normativo classificado como constitucional, o que se pode dizer da determinação das prerrogativas dos cidadãos, pois, além de ser constitucionais, são cláusulas pétreas<sup>15</sup>.

Essa definição liga-se umbilicalmente à concepção ideológica acerca do papel do Estado e de suas funções, que, por suas intensas consequências na sociedade, adquire uma magnitude contraditória explosiva. É difícil conceber os direitos fundamentais como algo fixo e invariável em uma perspectiva temporal e espacial, o que não diminui a importância do estabelecimento de critérios para que eles possam ser definidos, garantindo a potencialização de sua eficácia<sup>16</sup>.

Na Constituição brasileira de 1988, os direitos fundamentais foram regulamentados nos arts. 1º ao 17, tendo a doutrina e a jurisprudência firmado que o Supremo Tribunal Federal pode reconhecê-los em outras partes da Constituição, como, por exemplo, o princípio da anterioridade. Isto sem falar na cláusula extensiva dos direitos fundamentais, adotada no § 2º do art. 5º da Constituição, que assevera que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais.

A vantagem de se deixar aberta a elencação dos direitos fundamentais, desde que seja assegurado um “conteúdo mínimo” à sua densidade, é que dessa forma pode haver uma adequação mais eficaz entre a realidade fática e a realidade normativa, permitindo uma evolução dos direitos fundamentais para atender às demandas cada vez mais complexas do Estado Democrático Social de Direito. No que seguiu a diretriz estabelecida pela nona emenda à Constituição norte-americana de 1787, cuja declaração afirma que a numeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou minimizando outros direitos inerentes ao povo.

À medida que as demandas sociais aumentam, há uma paulatina incorporação dos direitos fundamentais nos Textos Constitucionais com o objetivo de reforçar a sua normatividade – movimento este que é inexorável. Esta expansão das prerrogativas dos cidadãos demanda um fortalecimento nos mecanismos que asseguram a sua concretização, fazendo com que eles sejam considerados imprescindíveis para a concretude da Carta Magna. Assim, há uma remodelação de parâmetros, em que a estruturação dos órgãos públicos perde primazia para as prerrogativas dos cidadãos, reformulando o critério para se classificar o que se define como uma boa Constituição, que passa a ser definida de acordo com a extensão e a eficácia dos direitos fundamentais esculpidos pelas suas normas.

15 STERN, Klaus. *Derecho Del Estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 231.

16 Sustenta Laboulaye que, na sua essência, os direitos fundamentais são provenientes da natureza humana, entretanto, sua manifestação exterior varia de país para país, em que cada qual concebe de forma diferente à satisfação de suas necessidades e a determinação de suas aspirações (LABOULAYE, Édouard. *Questions Constitutionnelles*. Paris: Charpentier, 1872. p. 36).

Para finalizar, não é demasiado ressaltar a ligação intrínseca entre os direitos fundamentais e o regime democrático. É indubitável que, em uma democracia, as prerrogativas dos cidadãos tendem a ser mais respeitadas, considerando os valores que amparam esse regime político, mas este não se configura em um pré-requisito exclusivo. Nesse sentido, defende Müller: “Não somente as liberdades civis, mas também os direitos humanos enquanto realizados, são imprescindíveis para uma democracia legítima”<sup>17</sup>. Contudo, existem os casos em que os direitos humanos foram desrespeitados, em países com tradição democrática, como a Áustria e a Suíça<sup>18</sup>. Pode-se concluir que a democracia não é o único requisito para o respeito dos direitos humanos, configurando-se como uma das suas condições, devendo, obviamente, existir outros requisitos.

### 3 A EFICÁCIA IMEDIATA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Normas programáticas são aquelas que traçam planos, metas, objetivos que devem ser alcançados. Para que as normas programáticas tenham eficácia, urge que o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo obedeçam a elas, tomando as atitudes necessárias para a consecução dos fins previstos na norma. Como exemplo, temos todo o art. 3º da Constituição Federal, que comina erradicar a miséria, impulsionar o desenvolvimento, acabar com as desigualdades sociais, as desigualdades regionais, etc., que são programas que devem ser alcançados paulatinamente, com o esforço de todos os órgãos governamentais<sup>19</sup>.

Seu nascimento teve a finalidade de ensejar a concretização dos dispositivos prestacionais contidos na Constituição, obrigando os poderes instituídos a realizar atividades para sua concretização. Elas são normas constitucionais típicas de um Estado intervencionista, em que os órgãos governamentais atuam em vários setores sociais para assegurar condições mínimas de bem-estar para a população<sup>20</sup>. Em um Estado de feitura liberal, não há possibilidade de se falar nesse

17 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*. A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 76.

18 SCAGLIONE, Daniele. *Democrazia e diritti umani: un impegno per tutti i cittadini*. In: *I diritti umani nel processo di consolidamento delle democrazie occidentali*. Brescia: Promodis, 1999. p. 89-91.

19 No RE 267.612-RS, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, ele assim se pronunciou acerca das normas programáticas: “O caráter da regra no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado”.

20 “Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* previsto no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e sua consecução. A Constituição simbólica está, portanto, estreitamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas no Texto Constitucional. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um álbi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem ‘letra morta’ num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social.” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 104)

tipo de normas. A intervenção econômica dos agentes estatais não é um requisito para a eficácia das normas programáticas; ela não é uma finalidade em si, mas torna-se necessária apenas quando for um instrumento para a realização normativa.

As normas programáticas não geram, imediatamente, eficácia positiva, realizando efeitos na sociedade, o que não quer dizer que, após certo tempo, seja imperioso sua implementação. Porém, acarretam, mesmo sem regulamentação, efeitos mediatos, negativos, no sentido de que normas infraconstitucionais não podem afrontar o seu enunciado, nem sentenças judiciais podem lhes negar vigência, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Por exemplo, não pode surgir uma norma que aumente as desigualdades regionais entre os Estados-membros porque reduzir as desigualdades sociais e regionais é uma meta definida pelo legislador constituinte (art. 3º, III, da CF).

Ocorre a eficácia positiva quando a norma produz efeitos e a eficácia negativa tem ensejo quando a norma, mesmo sem produzir efeitos, não pode ser afrontada por parte de uma norma infraconstitucional. As normas programáticas nunca produzem todos os seus efeitos de forma imediata, instantânea – elas vão produzindo sua eficácia de forma paulatina, continuada, à medida que os legisladores, membros do Judiciário e administradores tomam medidas no sentido de realizar os seus mandamentos.

Outra questão referente às normas programáticas é que elas têm um objetivo fixado em nível constitucional, podendo as formas de alcançá-las ficar ao encargo de seus executores, da maneira que melhor lhes convenha. Com isso, a consecução da sua eficácia poderá ser concretizada de forma célere ou não, dependendo das injunções sociais. Todavia, a implementação da sua eficácia nunca poderá ser tão lenta que inviabilize a sua realização.

A imputação de que as normas programáticas ou diretivas têm natureza meramente política, expressando a ideologia do regime, carece de respaldo. Sua natureza é jurídica; caso haja uma afronta ao seu conteúdo, deve ser acionado o controle de constitucionalidade devido. O que acontece é que, por apresentarem maior abstração, generalidade e impessoalidade, elas são mais sensíveis às modificações sociais, servindo essas mudanças para aumentar ou diminuir a sua concretização.

Alguns constitucionalistas defendem o posicionamento de que as normas de eficácia limitada programática não teriam valor cogente, vinculativo, que traçariam planos para o legislador sem obrigatoriedade. Alicerçam sua fundamentação nas doutrinas italiana e norte-americana, que separam as normas constitucionais em normas que têm eficácia de vinculação imperativa, e normas que não têm eficácia, indicando comandos para o legislador sem impedir a possibilidade de edição de leis que afrontem seu conteúdo.

A maioria da doutrina não aceita esse posicionamento, e autores como Pontes de Miranda, Alfredo Buzaid, Pinto Ferreira, Paulo Bonavides, José

Afonso, entre outros, consideram que as normas do ordenamento jurídico se caracterizam pela sua obrigatoriedade. No caso das normas programáticas, a sua eficácia imediata, positiva, depende de atividades no sentido de sua realização. Todas as normas constitucionais têm eficácia: o que varia é o teor da sua intensidade ou o tipo de sua concretização.

Os que defendem a carência de eficácia das normas programáticas, na realidade, tencionam um retorno ao Estado liberal, em que a intervenção do Estado em vários setores sociais é reduzida, imperando a força do mercado com suas consequências nefastas já conhecidas.

Clarifica o Professor Paulo Bonavides:

Reconstruir o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no Texto Constitucional tenha valor normativo, é a difícil tarefa com que se depara a boa doutrina constitucional de nosso tempo. Sem embargo do debate doutrinário que ainda se possa ferir, a corrente de ideias mais idôneas no direito constitucional contemporâneo parece ser indubitavelmente aquela que, em matéria de Constituição rígida, perfilha ou reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas.<sup>21</sup>

Nesta perspectiva, mesmo os direitos fundamentais que foram positivados através de normas programáticas apresentam o mesmo conteúdo normativo que os demais dispositivos, sendo, portanto, dotados de coercitividade. Pela magnitude de sua função no ordenamento jurídico, deve ter uma concretude normativa mais intensa que as demais normas, inclusive porque assim está preceituado no § 1º do art. 5º da Constituição Federal brasileira, que expressa o princípio da maximização de sua eficácia. Konrad Hesse defende que os direitos fundamentais vinculam também o legislador, contendo princípios que abrangem toda a ordem jurídica em sua totalidade e aplicação do Direito. Segundo o Professor alemão, quanto mais extensa for a esfera de aplicação dos direitos fundamentais, maior deve ser a esfera de proteção das disposições constitucionais vinculantes<sup>22</sup>.

Portanto, descabe qualquer tipo de discussão acerca da normatividade dos direitos fundamentais esculpidos em dispositivos programáticos, já que apresentam a mesma taxionomia das demais normas jurídicas, devendo, por ilação consequente, obrigar os poderes constituídos à sua realização.

#### 4 A CONSTITUIÇÃO COMO MARCO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição, com a conceituação que concebemos atualmente, provém do racionalismo do século XVIII. Textos anteriores, como a “Magna

21 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

22 BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 114.



Charta Libertatum<sup>23</sup> e os pactos medievais, que muitos autores afirmam terem sido formas rudimentares de leis fundamentais, não podem ser considerados como Constituições<sup>24</sup>. Já no século XVII aparecem textos, como o “Mayflower Pact” (1620) e o “Agreement of People” (1647), que se aproximam do conceito atual de Constituição<sup>25</sup>. Todavia, esses textos não tinham a intenção de estruturar de forma ampla a vida política do Estado, faltando-lhes uma visão de conjunto, uma vez que eram mais produtos de força para regulamentar interesses específicos.

Esclarece Gustavo Zagrebelsky: “Os ordenamentos jurídicos pré-revolucionários não conheciam, dotadas de valor proeminente, o sentido de Constituição no conceito moderno. Não eram fruto de um corpo sistemático e completo de normas intencionalmente produzidas e prescritas de forma escrita em uma Carta Constitucional<sup>26</sup>.”

O movimento constitucionalista nasce depois do surgimento do Estado moderno, quando toda a soberania é concentrada nas mãos do aparelho estatal. A principal característica jurídica do Estado moderno foi a centralização da produção normativa nas mãos de um governante<sup>27</sup>. Ele nasce como Estado absoluto, que, partindo de uma concepção hobbesmasiana, considera o soberano como sustentáculo da ordem e os súditos com a obrigação de obediência para garantir a tranquilidade social, através do *pactum subiectionis*<sup>28</sup>. Macllwain afirma que esse movimento tem uma qualidade essencial: configura-se como uma limitação legal ao governo e significa uma antítese ao governo arbitrário;

- 
- 23 A “Magna Charta Libertatum” teve a importância de estabelecer pela primeira vez, e no início do século XIII, o princípio fundamental que o rei não está acima da lei (CHARLOT, Monica. *Le pouvoir politique en Grande-Bretagne*. Paris: Universitaires de France. 1990. p. 54).
- 24 Esclarece o Professor Nelson Saldanha: “No presente estudo, o ponto de vista dominante é o de que o pensamento constitucional só se estrutura plenamente, por seu conteúdo e sua forma, dentro da experiência do Ocidente contemporâneo. Mas nada impede que sejam mencionadas as experiências anteriores, mesmo porque – e isto é muito importante – sem estas, sem a compreensão destas e de sua conexão com o mundo dito moderno e contemporâneo, o entendimento do que foi tomado como ‘plenamente’ e como ‘propriamente dito’ ficará sempre insuficiente” (SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 14).
- 25 “A primeira efectiva aproximação do Constitucionalismo moderno é representada por quatro textos, bem diferentes entre si quanto à forma de elaboração, valor jurídico e conteúdo, mas que parece comungarem da mais antiga radicação do movimento: a faceta religiosa. São eles, com efeito, o ‘Mayflower Pact’ (1620), as ‘Fundamental Orders of connecticut’ (1636), o ‘Agreement of People’ (1647) e o ‘Instrument of Government’ (1653). Não sendo nenhum deles uma autêntica constituição liberal, aí se deverá procurar a mais antiga das suas genuínas raízes, que só desabrochariam efectivamente no século seguinte, na América do Norte, com a ‘Declaration of Rights’ de Virgínia (1776), a partir da qual mais de mil flores floriram. E isto porque, além da não suficiente, mas necessária forma escrita, se trata de textos evadidos do desejo da re-fundação, da aspiração a uma nova ordem, sob o impacto simultâneo da ideia do retorno à pureza dos princípios (corrompidos entretanto) do cristianismo (tal como cada qual os entendia) e do já crescente mito da ordem e da racionalidade como varinha mágica da organização social.” (FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Mito e constitucionalismo*. Perspectiva conceitual e histórica. Porto: Gráfica de Coimbra, 1990. p. 135)
- 26 ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 14.
- 27 CAENEGEM, Raoul C. Van. *Il diritto costituzionale occidentale*. Un'introduzione storica. Trad. Federico Qualia. Roma: Carocci, 2003. p. 93-94.
- 28 CATANIA, Alfonso. *Lo stato moderno*. Sovranità e Giuridicità. Torino: Giappichelli, 1996. p. 19.

o oposto a um Estado regido por uma Constituição é o governo despótico, em que prepondera a vontade do soberano em detrimento da lei<sup>29</sup>.

Antes desse movimento, o poder já tinha sido unificado nas mãos do Estado, contudo, ainda não se podia falar em Estado de Direito, estruturado através de leis vigentes para toda a população, porque não havia limites ao arbítrio do monarca. O surgimento da Constituição marcou o apogeu do domínio da burguesia e o declínio da nobreza, a supremacia da vontade da lei, em detrimento da vontade dos homens, o racionalismo predominando sobre os preceitos da teocracia.

Várias são as teses que explicam a teoria da supremacia constitucional como norma ápice do ponto de vista hierárquico do ordenamento jurídico, mas duas se sobressaem porque funcionaram como fundamentação para a solidificação do *judicial review*: Locke, com a sua concepção que a Constituição representa o pacto social e por isto assegura a liberdade dos cidadãos; e a ideia de um *higher law*, um direito proeminente, calcado nas raízes do Direito natural, capaz de prevalecer sobre as normas infraconstitucionais, tornando-se o pressuposto de sua própria validade<sup>30</sup>.

A doutrina do *higher law* surge da preponderância exercida pelo direito consuetudinário no *commow law*. A ideia da Constituição como uma *higher law* remonta ao famoso *Bonham's case*, em que o Lord Coke advogou a tese da supremacia da Lei Maior com base nos costumes sedimentados nos comportamentos sociais.

Segundo a Escola de Viena, a supremacia constitucional, dentro da sua concepção de ordenamento jurídico unitário, composta por um conjunto hierarquizado de leis, ocupa o ápice da pirâmide normativa, configurando-se como a norma de autorreferência, que, dentro do formalismo jurídico, desempenha o papel de fundar o sistema jurídico e legitimar as demais normas. Devido à Carta Magna constituir-se como a norma primária por excelência, referenciando as normas secundárias, Schmitt a denomina de "último princípio sistematizador da unidade política e do conjunto do ordenamento"<sup>31</sup>.

A supremacia da Constituição, sob uma ótica formalista, advém da referência normativa que ela desempenha no ordenamento jurídico, pois, como se situa no apogeu da escala normativa, tem a incumbência de validar as normas situadas em escala inferior, classificando-as, assim, em normas primárias e secundárias, de acordo com o seu posicionamento na escala hierárquica. PÁS primárias seriam aquelas que ocupariam os maiores degraus do sistema jurídico, e as secundárias, aquelas ocupantes dos níveis inferiores. Por isto, o

29 MCLLWAIN, Charles H. *Costituzionalismo antico e moderno*. Bologna: Mulino, 1990. p. 44.

30 ENTERRÍA, Eduardo García de. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. p. 41.

31 SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Alianza, 1992. p. 63.

processo constituinte se encontra em posição superior em relação ao processo legislativo<sup>32</sup>.

Analisando a supremacia constitucional por outro prisma, sob o ponto de vista das teorias sociológicas e daquelas que transcendem o direito positivo, a Lei Maior exerce a função de validar as demais normas do ordenamento, não porque se situe no apogeu de um escalonamento normativo, mas porque possui um maior substrato de legitimidade ou por causa de sua função de refletir as diretrizes de natureza superior aos dispositivos jurídicos. É, por outro lado, a norma que goza de maior referência no imaginário popular; suas disposições atuam como invariáveis axiológicas, alçadas ao patamar de dogmas, que validam as restantes por uma filtragem ideológica<sup>33</sup>. Por outro lado, pelo seu caráter de alta densidade de abstração e de generalidade, possibilita a conexão e sincronia com preceitos metajurídicos dos matizes os mais variados.

Hodiernamente, as Constituições são concebidas por sua propriedade finalística: concretizar os direitos fundamentais e servir de instrumento para a realização do *Welfare State*<sup>34</sup>. Esses devem ser considerados os objetivos indeclináveis de qualquer Carta Magna, produzida para regulamentar qualquer sociedade, constituindo-se na sua essência fucral<sup>35</sup>.

A Constituição também pode ser analisada como uma ideologia constitucional, exprimindo uma carga axiológica que fora aceita pelos representantes constituintes na sua realização. Toda Carta Magna expressa valores, e é com base nessa dimensão valorativa que as estruturas normativas serão delineadas. A percepção de mundo adotada pela Constituição não pode ser considerada como monolítica. Na verdade, ela agasalha um amplo leque de concepções que são organizadas pelo caráter sistêmico da Lei Maior<sup>36</sup>.

32 Heras definia dessa forma a diferenciação: “Esta teoria gradual do direito oferece a base para distinguir as normas primárias ou fundamentais, das normas secundárias ou derivadas. As primeiras são aquelas que ocupam o lugar mais alto na pirâmide jurídica; as secundárias são as que ocupam os postos inferiores e derivam das primeiras sua validade e conteúdo” (HERAS, Jorge Xifra. *Curso de derecho constitucional*. Barcelona: Bosch, t. I, 1957. p. 58).

33 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Safe, 1999. p. 104.

34 Segundo Delpérée, a Constituição determina um objetivo a cumprir, esforçando-se para concretizá-lo, uma concepção de direitos do homem a promover, uma técnica de Estado a estruturar (DELPÉREÉ, Francis. *Droit constitutionnel*. 2. ed. Buxelles: Maison F. Larcier, t. I, 1987. p. 21).

35 “O direito constitucional atual não seria mais do que os direitos fundamentais. As normas que delineiam o estatuto dos direitos fundamentais, junto àquelas que consagram a forma de Estado e àquelas que estabelecem o sistema econômico, são as normas decisivas para definir o modelo constitucional da sociedade.” (PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 19)

36 Müller explica o conceito sistêmico de Constituição: “Esse princípio ordena interpretar normas constitucionais de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais e especialmente com decisões sobre princípios de direito constitucional. A unidade da Constituição, enquanto visão orientadora da metódica do direito constitucional, deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da Constituição como um arcabouço de normas” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 84).

Outra concepção da Constituição que não pode ser descurada é a sua finalidade de regulamentação das relações políticas existentes na sociedade, representando a jurisdicização do fenômeno político. Os setores sociais que detiverem proeminência na feitura da Constituição, inexoravelmente, obterão maior parcela de poder na sociedade<sup>37</sup>.

Em decorrência da importância normativa e sociológica de que goza a Carta Magna, servindo de base para o pacto vivencial da sociedade, ela configura-se como o *standard* essencial para a determinação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Aquelas prerrogativas que foram incorporadas pela Constituição revestem-se dos predicativos de supremacia e supralegalidade que gozam suas normas, fazendo com que elas tenham uma densificação de sua força normativa.

Como fora mencionado anteriormente, inclusive arrimado nas lições de Bobbio, uma vez estabelecido o direito fundamental em nível constitucional, encerra-se a discussão a respeito da obrigatoriedade de sua concretização, sendo sua normatividade imperativa a todos os poderes estabelecidos e aos entes privados. A explicitação das “prerrogativas universais” na Constituição é fator de segurança e imperatividade para a aplicação dos direitos fundamentais.

A respeito dos direitos fundamentais implícitos, que a maioria dos constitucionalistas garante sua existência, eles serão trasladados em nível constitucional desde que haja uma simetria com uma estrutura normativa contida na *Lex Mater*, servindo para reforçar o seu conteúdo.

Por outro lado, a Constituição configura-se em um limite intransponível para a efetivação dos direitos fundamentais por parte do Estado. Se uma determinada prerrogativa não encontrar respaldo na seara constitucional, seja de forma implícita ou explícita, torna-se difícil sua implementação em virtude de um motivo jurídico e outro sociológico. Juridicamente, falta-lhe força normativa para possibilitar sua eficácia e sociologicamente carece legitimação da sociedade que possa impulsionar os entes públicos a velarem pela sua concretização. Como a maioria dos direitos fundamentais acarretam determinado gasto por parte dos entes estatais, até mesmo os de primeira dimensão, se não houver um lastro com os mandamentos constitucionais, sua realização fática tende a se esvaír.

## 5 AS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

A implementação dos direitos fundamentais acarreta encargos aos entes estatais, mais ainda àqueles que têm natureza prestacional. Conseqüentemente,

---

37 Disserta acerca do conceito de sociedade Hermann Heller: “A sociedade, enquanto conceito histórico do Estado, é um fenômeno muito recente na história da Europa. Sua aparição está intrinsecamente conectada com o desenvolvimento da forma econômica capitalista, com a definitiva liquidação da ordem estamental e com o nascimento da sociedade civil. Quem tratar de esclarecer o significado cabal da palavra sociedade, com tantas equívocas acepções, terá que ter em conta essas realidades históricas” (HELLER, Hermann. *Teoria del estado*. 2 ed. Trad. Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 146).

um Estado que apresenta maiores obrigações necessita arrecadar mais, principalmente daqueles que são mais aquinhoados economicamente. Em sociedades periféricas, este quadro é ainda mais sombrio porque a carga tributária é digna de países europeus e a contraprestação, ou seja, os serviços públicos prestados são típicos de países em decomposição. A elevada carga tributária se justifica apenas para manter o sistema financeiro, sem gerar nenhum benefício à população<sup>38</sup>.

Então, para a implementação dos direitos fundamentais, deve-se ater as condições econômicas vigentes em determinada realidade, limitações orçamentárias, percrustando se há condições materiais para a implementação das medidas tencionadas pelos legisladores constituintes. De nada adianta a estipulação de prerrogativas que não podem ser alcançadas pelas carências econômicas; ou até mesmo se a realização desses direitos possam levar à falência posterior do Estado. A dilapidação do Erário público por uma geração provocará, de forma segura, ônus para as outras que necessitarão reduzir seu padrão de vida.

As limitações orçamentárias devem ser aquelas impostas pela realidade econômica, e não as estabelecidas por certos modelos econômicos que impõem formas de distribuição da produção econômica que penalizam a maioria dos cidadãos e, em contrapartida, que beneficiam setores privilegiados da sociedade, como o sistema financeiro. Elas precisam ser oriundas da realidade fática, e não fabricadas no interesses de elites econômicas.

Estas limitações, recebendo na seara jurídica a denominação de reserva do possível ou teoria dos “cofres cheios”, defendem que os direitos fundamentais apenas podem ter concretização normativa se houver disponibilidade orçamentária para tanto; caso esta disponibilidade orçamentária não seja assegurada, eles não têm eficácia diante dessa contingência fática. Estes teóricos partem de uma visão deformada do princípio da soberania popular, ao afirmar que os legisladores infraconstitucionais podem mesmo deixar sem aplicação mandamentos constitucionais por ser esta a vontade do povo.

Confundem o conceito de “política constitucional” com o de “política ordinária”. A primeira se diferencia da segunda porque somente ocorre em momentos extraordinários da vida nacional, quando as condições socio político-econômicas propiciam a sedimentação da legitimidade necessária para o início do processo constituinte, fazendo com que os cidadãos, imbuídos de virtude pública, pensem mais no interesse coletivo do que nos seus interesses particulares<sup>39</sup>. Se os legisladores legitimados à atuação na “política ordinária”, que ocorre no cotidiano, pudessem legislar acerca da “política constitucional”,

38 No primeiro semestre de 2006, o Brasil gastou, com o pagamento apenas dos juros da dívida interna, R\$ 81.640 bilhões, ou seja, sem o abatimento de um centavo do valor da dívida, o País pagou um montante pecuniário suficiente para solucionar os principais problemas que afligem a sociedade brasileira (*Folha de São Paulo*, 27 jul. 2006).

39 BONGIOVANNI, Giorgio; GOZZI, Gustavo. *Democrazia*. In: *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. 4. ed. Roma: Laterza, 2000. p. 222.

estariam perpetrando uma fraude à Constituição, esbulhando uma função que caberia aos legisladores constituintes que são eleitos para o exercício de tal preponderante função<sup>40</sup>. Essa supremacia da “política constitucional” deve-se a particulares requisitos necessários para o surgimento do Poder Constituinte, que exigem um processo de deliberação tanto em termos quantitativos como em termos qualitativos, bem mais rígidos do que aqueles exigidos para a formação da “política ordinária”<sup>41</sup>.

Dessa forma, a definição do conteúdo do mínimo existencial não pode estar adstrita ao princípio da reserva do possível, que advoga que os direitos fundamentais têm uma concretização de acordo com variáveis socio político-econômicas, porque estar-se-ia restringindo a efetividade das normas constitucionais, cerceando a extensão de seu núcleo duro. A reserva do possível atua na determinação da extensão dos direitos fundamentais, ou seja, na indicação de sua parte flexível, que deve sofrer evolução consonante as escolhas políticas da sociedade. O mínimo existencial representa uma opção determinada pelo Poder Constituinte, e assim não pode ter a sua abrangência cerceada.

O Professor Andreas Krell sustenta que o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, já que a subordinação aos “condicionamentos econômicos” relativiza a sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. Adiante afirma que a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações não podem ser transpostas de forma absoluta para o Brasil, onde o Estado-previdência nunca foi implantado. Por outro lado, defende que não se pode igualar a densidade normativa de todos os direitos sociais, que necessitam para a sua concretização de condições e pressupostos econômicos bem diversos<sup>42</sup>.

Ao contrário dos que postulam que as decisões judiciais não podem obrigar a concretização de direitos sociais, mesmo que contidos na Constituição, adota-se o posicionamento de que os órgãos do Poder Judicial têm a obrigação de velar pelo cumprimento de todos os mandamentos contidos na Constituição de 1988, principalmente dos direitos sociais<sup>43</sup>. Desta forma, não estar-se-ia

40 Acerca do conceito de fraude à Constituição, ver: AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição*. Um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 185.

41 ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Foundations. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. p. 285-290.

42 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 52-54.

43 “O modo e a oportunidade de concretizar os direitos sociais através da oferta de serviços públicos não podem ser objeto de decisão judicial. Estar-se-ia transferindo a adoção de políticas públicas relativas à educação, saúde, lazer e assistência social para a competência dos órgãos jurisdicionais que teriam, ademais, que cuidar dos recursos orçamentários a serem utilizados no custeio desses serviços quando não definidos pelo Texto Constitucional. Tal hipótese configuraria um deslocamento das funções políticas do parlamento e do governo para o Poder Judiciário, desvirtuando a repartição de competências entre os poderes públicos estabelecidos pela Constituição. A administração financeira do Estado, bem como a definição de estratégias e políticas para a melhor aplicação dos recursos públicos a fim de atender às necessidades da população, por óbvio, fogem da

transferindo a competência de realizar as políticas públicas para o Judiciário, mas defendendo a eficácia da Constituição.

## 6 AS DECISÕES POLÍTICAS COMO LIMITE DE EXTENSÃO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma vez encontrando-se positivado um direito fundamental, de forma implícita ou explícita, encerra-se qualquer discussão acerca da normatividade de seu conteúdo. Caso as gerações posteriores não concordem mais com o que fora positivado, resta-lhes a prerrogativa da transconstitucionalização, ou seja, o poder de criar um novo Poder Constituinte para estabelecer as estruturas de uma nova organização social.

Todavia, as decisões políticas implementadas consonante os princípios da soberania popular são responsáveis por modular a intensidade da concretização dos direitos fundamentais, estabelecendo, *verbis gratia*, a definição do que venha a ser um salário-mínimo que possa assegurar dignidade da pessoa humana aos trabalhadores. Se estas decisões não forem tomadas em sintonia com o princípio da soberania popular, descabe falar na efetivação dos direitos fundamentais porque os regimes autoritários não têm compromisso com a defesa destas prerrogativas.

A soberania popular é a característica intrínseca dos Estados que lhes permite tomarem suas próprias decisões políticas, escolhendo livremente seus destinos. É uma consequência inexorável da autodeterminação dos povos. A soberania alicerça a estruturação do governo que pode tomar as suas decisões para resguardar os interesses coletivos<sup>44</sup>. Este conceito significa poder político, representando o centro unificador do ordenamento jurídico, além de configurar requisito indelével para a formação de um Estado<sup>45</sup>.

Segundo Hermann Heller, sempre que se fala em soberania do Estado, se vincula a este conceito, de alguma forma, a ideia de soberania popular<sup>46</sup>. Esta assertiva é válida para os regimes democráticos, mas não pode ser translada para todas as instituições políticas. Ao longo da história muitas foram as bases de fundamentação para a soberania do Estado, a exemplo da fundamentação teocrática, da violência, da razão, etc.

---

alçada do Poder Judiciário." (LEAL, Roger Stiefelmann. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 29 maio 2004)

- 44 STRECK, Luiz Lenio; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000. p. 143-145.
- 45 "Portanto, a criação do conceito de soberania se liga intrinsecamente ao surgimento do Estado moderno, no século XVI, servindo como legitimidade de poder para as Monarquias absolutas. Foi uma criação teórica de autores como Bodin, Hobbes, Rousseau, dentre outros. Soberano seria o poder que não se subordinaria a nenhum outro, quer seja interno, quer seja externo. Entretanto, não se deve confundir soberania com arbitrariedade, porque os limites do primeiro estão dispostos no Texto Constitucional." (AGRA, Walber de Moura. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121)
- 46 HELLER, Hermann. *La soberanía*. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. 2. ed. Trad. Mario de la Cueva. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 164.

Dentro da perspectiva de dinamizar o regime democrático, diante dos graves problemas que apresentam as democracias nas mais variadas parte do mundo, Habermas propõe o conceito de espaço público, partindo do pressuposto de que em sociedades altamente complexas como são as sociedades pós-modernas, há a necessidade de se estabelecer um *locus* onde as discussões devem ser travadas.

Em contraposição à democracia liberal, Habermas elabora a democracia discursiva, em que, para as decisões serem tomadas, não necessita de uma assembleia de cidadãos, mas é imprescindível que todos tenham acesso ao espaço público e possam participar do debate acerca das decisões<sup>47</sup>. A democracia deixa de ser visualizada exclusivamente como democracia representativa, necessitando que as pretensões normativas passem por intensos debates públicos<sup>48</sup>.

A preocupação com uma revisitação do conceito de soberania popular e com uma maior participação do povo nas decisões políticas é impedir que os direitos fundamentais tenham apenas uma função retórica, que sejam deixados sem eficácia por filigranas jurídicas ou por argumentos que não se sustentam na realidade empírica.

Quanto mais alicerçada for uma decisão política no princípio da soberania popular, maior será seu grau de legitimidade e maior será a possibilidade de extensão de seu conteúdo. Estiolando-se o princípio da soberania popular das decisões acerca dos direitos fundamentais, seu conteúdo sofrerá mitigações, pondo em risco até mesmo a concretização de sua essencialidade.

Sob qualquer hipótese, a não ser a feitura de uma nova Constituição, o conteúdo mínimo de um direito fundamental pode ser relegado. Se a Lei Maior agasalhou um direito fundamental, é porque ele ostenta uma supremacia jurídica e sociológica, o que impede que legisladores infraconstitucionais, que não dispõem de legitimidade para tanto, possam deixar tais mandamentos sem eficácia. Conteúdo mínimo dos direitos fundamentais é a densidade intrínseca que deve ser obedecida por todos os operadores jurídicos, já que faz parte da própria essencialidade da norma. Sem o cumprimento desse conteúdo, há uma afronta à Constituição porque houve uma mácula a um de seus mandamentos<sup>49</sup>.

Consonante a legitimação auferida pela sociedade e devido às interferências das variáveis sociopolítico-econômicas é que se verificará, de forma tópica, a extensão do conteúdo mínimo de cada direito fundamental. Ressalvando-se

47 HABERMAS, Jürgen. *Fatti e norme*. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Edizione Guerini e Associati, 1996. p. 518.

48 KLEINBERG, Stanley S. *The necessity and limitations of rational argument*. Massachusetts: Blackwell, 1991. p. 35.

49 AGRA, Walber de Moura Agra. *Reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 157.



que o conteúdo mínimo de forma nenhuma poderá ser negligenciado, podendo um acinte a este limite ensejar o processo de controle de constitucionalidade.

Como ilação, percebe-se que as decisões políticas são limites não à eficácia *a priori* dos direitos fundamentais, pois o conteúdo mínimo deve ser preservado a qualquer custo, mas à extensão de sua densidade. O aumento da intensidade de eficácia dos direitos fundamentais somente acontecerá se a população participar ativamente das decisões políticas, substancializando o conceito de soberania popular, ao mesmo tempo em que impede que os mandamentos constitucionais tenham apenas uma validade semântica.

## CONCLUSÃO

Assenta-se como indubitável a relevância que ocupam os direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas, tornando-se a essência do ordenamento jurídico. Uma sociedade em que estas prerrogativas não tenham uma adequada proteção jurídica, dotando-as de eficácia, não pode ser denominada de Estado Democrático Social de Direito. Os direitos fundamentais são o arrimo à estruturação do poder social vigente, garantem o amalgamento do tecido social apesar de pluralidade social, incentivam o desenvolvimento das potencialidades do ser humano e consubstanciam os requisitos mínimos para a existência do regime democrático.

Uma garantia para sua concretização é o acolhimento desses direitos pelo Texto Constitucional, garantindo-lhes supralegalidade e imutabilidade relativa, além do que impede a insegurança jurídica acerca de sua existência no ordenamento jurídico.

O texto normativo da Constituição configura-se como o primeiro limite à implementação dos direitos fundamentais pelo Estado. Prerrogativas que, de forma implícita ou explícita, não estejam contidas na Constituição, encontram dificuldades para a sua implementação fática. Também representam um limite aos mencionados direitos às limitações orçamentárias, que, desde que sejam realmente frutos das barreiras econômicas, impedem a outorga de benesses maiores do que as possíveis aos cidadãos. Por último, considera-se como um estorvo a maior extensão da densidade dos direitos fundamentais as decisões políticas tomadas por cada sociedade específica, que, não obstante a possibilidade de negar a sua eficácia, pode obstacular o desenvolvimento destes preceitos.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Fraudes à constituição*. Um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Fabris, 2000.

\_\_\_\_\_. *Reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARNAUD, André-Jean. *Por une pensée juridique européenne*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Foundations. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

BALKIN, Jack M. *Respect-worthy: Frank Michelman and the legitimate constitution*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=510482>>. Acesso em: 21 fev. 2004.

BARILE, Paolo. *Diritto dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Mulino, 1984.

BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONGIOVANNI, Giorgio; GOZZI, Gustavo. Democrazia. In: *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. 4. ed. Roma: Laterza, 2000.

CAENEGEM, Raoul C. Van. *Il diritto costituzionale occidentale*. Un'introduzione storica. Trad. Federico Qualia. Roma: Carocci, 2003.

CHARLOT, Monica. *Le pouvoir politique en Grande-Bretagne*. Paris: Universitaires de France, 1990.

CATANIA, Alfonso. *Lo stato moderno*. Sovranità e giuridicità. Torino: Giappichelli, 1996.

DELPÉRÉE, Francis. *Droit constitutionnel*. 2. ed. Buxelles: Maison F. Larcier, t. I, 1987.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Mito e constitucionalismo*. Perspectiva conceitual e histórica. Porto: Gráfica de Coimbra, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Il fondamento dei diritti umani*. Pisa: Servizio Editoriale Universitario, 2000.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais*. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Fatti e norme*. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Edizione Guerini e Associati, 1996.

HELLER, Hermann. *La soberanía*. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. 2. ed. Trad. Mario de la Cueva. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoría del estado*. 2. ed. Trad. Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HERAS, Jorge Xifra. *Curso de derecho constitucional*. Barcelona: Bosch, t. I, 1957.

HOBBS, Thomas. *El estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

- KLEINBERG, Stanley S. *The necessity and limitations of rational argument*. Massachusetts: Blackwell, 1991.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LABOULAYE, Édouard. *Questions constitutionnelles*. Paris: Charpentier, 1872.
- LEAL, Roger Stiefelmann. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 29 maio 2004.
- MARTÍNES, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales*. Teoria general. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- MCLLWAIN, Charles H. *Costituzionalismo antico e moderno*. Bologna: Mulino, 1990.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Quem é o povo*. A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Evolução constitucional europeia*. Trad. Marina de Godoy Bezerra. Rio Janeiro: José Konfino Editor, 1957.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PELAYO, Manuel García. *Derecho constitucional comparado*. 3. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1991.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- SCAGLIONE, Daniele. Democrazia e diritti umani: un impegno per tutti i cittadini. In: *I diritti umani nel processo di consolidamento delle democrazie occidentali*. Brescia: Promodis, 1999.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Safe, 1999.
- SCHMITT, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Madrid: Alianza, 1992.
- SMEND, Rudolf. *Constitucion y derecho constitucional*. Trad. José M. Beneyto Pérez. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- \_\_\_\_\_. Global constitution movements and new constitutions. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, jul./dez. 2003.
- STRECK, Luiz Lenio; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en materia de derechos fundamentales. In: *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte Costituzionali europee*. Profili storici e comparatistici. Milano: Giuffrè, 1994.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988.