

**REVISTA N.º 29****Ano 15, dezembro de 1994 - p. 23-29**

## **A norma de direito fundamental**

**Willis Santiago Guerra Filho**

Professor da UFSC

Inicialmente, proponho referirmos à norma jurídica que consagra direito fundamental fazendo uso da expressão elíptica "norma de direito fundamental", correspondente ao termo alemão Grundrechtsnorm. De pronto, vale lembrar não ser a norma jurídica a única forma de expressão dos direitos fundamentais, por serem eles uma realidade mais abrangente. Já de há muito que a teoria do direito deixou de centrar-se na figura da norma jurídica, abandonando essa perspectiva por assim dizer "micro", em prol daquela outra, "macro", na qual se estuda o direito a partir do ordenamento em que ele se dá a conhecer positivamente, o qual transcende a mera soma das normas postas. Daí, por exemplo, estarem positivados em nosso ordenamento jurídico direitos fundamentais que não estão ainda previstos na carta constitucional, como consta do § 2º de seu art. 5º, em que pese a vasta extensão do catálogo desses direitos, consagrados nesse mesmo artigo.

Por outro lado, se o conjunto dos direitos fundamentais não se reduz àquele das normas que os consagram, também nesse último conjunto se encontra mais do que normas de direitos fundamentais. Aqui deve-se levar em conta a circunstância de que a teoria do direito contemporânea, ao expandir o seu objeto de estudo da norma para o ordenamento jurídico, terminou por incluir nele espécie de norma que antes sequer era considerada como tal, o que, por via de consequência, acarretou uma ampliação também no conceito de norma até então corrente. E é precisamente nessa "nova espécie" de norma que se irá incluir aquela de direitos fundamentais, bem como, juntamente com elas, outras, dotadas da mesma "fundamentalidade", mas que não conferem direitos, nem configuram qualquer outra situação subjetiva.

Assim, antes de abordar o assunto da norma de direito fundamental, vale expender algumas considerações sobre a norma jurídica em geral. Nesse ponto, não há necessidade de nos deixarmos envolver na infundável discussão filosófica sobre a natureza da norma jurídica, posicionando-se entre imperativistas ou anti-imperativistas, pois para se obter um conhecimento sobre determinado objeto, qualificável como científico, não se precisa saber sobre o que são as coisas em si, sua essência, bastando-nos alguma fórmula generalizadora dos traços apresentados por tais coisas individualmente, ao se mostrarem à nossa percepção, enquanto fenômenos.

Na norma jurídica, então, não se divisa nem um imperativo, uma ordem, resultante de uma manifestação volitiva, nem um juízo, resultante de uma manifestação cognitiva, mas sim algo, por assim dizer, "intermediário" entre ambos: uma "expressão deôntica", uma prescrição de determinado tipo, que adquire seu caráter especificamente jurídico quando inserida no contexto de um ordenamento jurídico. (V., a propósito do que se disse e sobre o que se segue, GUERRA FILHO 1985: 21 ss.) Essas expressões deixam-se reduzir a proposições lógicas, com determinada estrutura, onde se tem (1) a descrição de um hipotético estado-de-coisas (Sachverhalte), e (2) sua modalização em termos deônticos através de um "funtor", cujos tipos básicos são: "obrigatório", "proibido", "facultado".

De posse desses elementos, cabe agora introduzir nosso tema no contexto da diferença entre normas que são "regras" daquelas que são "princípios", sendo entre essas últimas que se situam as normas de direitos

fundamentais (sobre a diferenciação, cf. GUERRA FILHO 1991: 127). As regras trazem a descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de *generalidade* (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e de *abstração* (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são "determinações de otimização" (*Optimierungsgebote*), na expressão de ALEXY (1985: 75/76), que se cumpre na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente.

E, finalmente, sobre a distinção entre regras e princípios, enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser aquela válida, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é curial que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevaleça, em determinada situação concreta, sobre um outro princípio, em que a regra se baseia.

O traço distintivo entre regras e princípios por último referido aponta para uma característica desses que é de se destacar: sua *relatividade*. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa - digamos, individual - termina por infringir uma outra - por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um "princípio de proporcionalidade", para que se possa respeitar normas, como os princípios - e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios -, tendentes a colidir. (Cf. ALEXY, cit.: 100, 143 ss., passim; GUERRA FILHO, 1989: 47, 69 ss., passim.)

A melhor compreensão desse aspecto, que se vem de suscitar, requer a tematização da norma de direito fundamental, naquilo que toca com os princípios fundamentais da ordem constitucional. Após acertar serem as normas de direito fundamental um "princípio jurídico", cabe agora situá-las em um sistema normativo, deduzido do ordenamento jurídico ou, mais especificamente, da ordem constitucional.

Inicialmente, vale firmar o entendimento de que esse sistema é passível de ser representado figurativamente na forma piramidal, proposta pela Escola de Viena (A. MERKL e H. KELSEN, em especial), com sua concepção do ordenamento jurídico como uma ordem escalonada de normas, situadas em patamares mais inferiores ou superiores, conforme seu menor ou maior grau de generalidade e abstração, respectivamente, sendo aquelas mais concretas e particularizadas validadas pelas acima delas. Ao mesmo tempo, há que se introduzir correções na concepção original kelseneana, onde esse processo tende ao infinito, e por isso se postula uma "norma hipotética fundamental", como um limite ao pensamento, que requer sempre uma fundamentação para a norma jurídica a que por último se chega, "subindo a pirâmide". Essa norma hipotética, porém, por ser um "requisito do pensamento" e "meramente pensada", não resulta de nenhum ato de vontade que a positive, donde não ser uma norma jurídica propriamente, de acordo com a própria definição de KELSEN, e, assim, não pode ser a responsável pela validação jurídica de toda a cadeia de normas, que nela encontraria seu elo final. Essa incoerência, como é sabido, levou ao autor da "Teoria Pura do Direito" que reformulasse o seu pensamento após a publicação da 2a. (e definitiva) edição dessa obra, sendo a última versão de seu pensamento a respeito aquela da obra póstuma "Teoria Geral das Normas". (Cf., a respeito, GUERRA FILHO, 1985: 25/26.) A noção de que

se precisa aqui, ao que parece, é semelhante àquela que a física contemporânea tem do espaço, ou seja, não mais como infinito, mas sim, circular. Não é esse o momento para entrar em semelhante discussão, de teoria do direito, mas em resumo, a idéia é que no encadeamento do processo de validação há de se dar uma "curva", a qual permitiria a validação da mais geral e abstrata das normas por sua aplicação a casos concretos e particulares. (Cf., a esse respeito e sobre o que se segue, GUERRA FILHO, 1989: 49 ss.) A nossa proposta para o momento, então, é que se dê um "corte epistemológico", a fim de que possamos estudar o "topo" da pirâmide, onde estão os princípios constitucionais, dentre os quais se incluem as normas de direito fundamental, objeto de estudo do presente trabalho.

No patamar mais elevado da "pirâmide", dentro da qual, para efeito de estudo, pretendemos enquadrar nosso ordenamento jurídico, encontra-se, como é evidente, as determinações de nossa Constituição de 1988. No cume dessa pirâmide, então, temos um princípio que representa a *decisão política fundamental*, tomada pelo povo brasileiro, e que levou à reunião de seus representantes em Assembléia Nacional Constituinte e à ruptura com a ordem constitucional anterior. Esse princípio é anunciado já no "Preâmbulo" da nossa Carta Constitucional, a qual só poderia desempenhar a função que lhe está reservada, de responsável pela expressão e manutenção da "unidade política" da sociedade organizada sob a égide estatal, na medida em que consignasse tal princípio e estabelecesse normas, dele derivadas, capazes de permitir sua efetivação, através do ordenamento jurídico. Esse princípio maior, dentre aqueles enunciados na nossa Constituição, é o "Princípio do Estado Democrático de Direito", no qual se consubstancia a "fórmula política" (VERDU, 1977: 532) da ordem jurídica constitucional brasileira.

Esse princípio pode ser entendido como resultado da conjunção de dois outros princípios, o "Princípio do Estado de Direito" e o "Princípio Democrático", que reportam-se a duas exigências básicas, dos integrantes da sociedade brasileira, dirigida aos que atuarem em seu nome na realização de seus interesses, e que podem ser traduzidas no imperativo de respeito à *legalidade*, devidamente amparada na *legitimidade*. Já no primeiro artigo da Constituição evidencia-se que daquele princípio se extrai outros, tidos, pelo próprio enunciado do frontispício do Título I, como "Princípios Fundamentais". Dentre esses, porém, seguindo de perto a melhor doutrina constitucional portuguesa, esteadas em lições germânicas (GOMES CANOTILHO, 1989: 129 SS.), distinguiremos "princípios fundamentais estruturantes" de "princípios fundamentais gerais", sendo esses colocados em patamar abaixo daquele dos primeiros, havendo ainda, abaixo deles, os "princípios constitucionais especiais", e, em seguida, as normas constitucionais que não são princípios, mas simples "regras".

Como "princípios fundamentais estruturantes" apontaremos os já mencionados "Princípio do Estado de direito" e "Princípio Democrático". Dentre os "princípios fundamentais gerais", enunciados no art. 1º da Constituição de '88, merece destaque especial aquele que impõe o respeito à *dignidade da pessoa humana*. O princípio recebeu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do Art. 19 II da Lei Fundamental, denomina de "núcleo essencial intangível" dos direitos fundamentais (cf., v.g., STEIN, 1982: 258 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, 1987: 233 ss.). Entre nós, ainda antes de entrar em vigor a atual Constituição, a melhor doutrina já enfatizava que "o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa" (COMPARATO, 1989: 46). Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em "princípios constitucionais especiais", que seriam a "densificação" (GOMES CANOTILHO) ou "concretização" (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele "princípio fundamental geral", de respeito à dignidade humana. Dele, também, se deduziria o já mencionado "princípio da proporcionalidade", até como uma necessidade lógica, além de política, pois se os diversos direitos fundamentais estão, abstratamente, perfeitamente compatibilizados, concretamente se dariam as "colisões" entre eles, quando então, recorrendo à esse princípio, se privilegiaria, circunstancialmente, algum dos direitos fundamentais em

conflitos, mas sem com isso chegar a atingir outro dos direitos fundamentais conflitantes em seu *conteúdo essencial*. (Cf., a propósito, GUERRA FILHO, 1989: 74/76, e, mais extensamente, GOMES CANOTILHO, 1989: 495 ss.; GRAU 1990: 216 ss.)

Nesse momento, vale suscitar um último aspecto, encerrando o presente trabalho, que se propunha mais a demarcar uma problemática, indicando rumos para ulteriores desenvolvimentos, do que propriamente trazer um tratamento exaustivo da matéria. Trata-se da questão da eficácia da norma de direito fundamental, à qual não se aplicaria as classificações usualmente apresentadas, em manuais de direito constitucional pátrio, das "cargas de eficácia" das normas constitucionais. Essas classificações, em que pese alguma variação terminológica, costumam ser construídas a partir de um padrão, importado da doutrina italiana - onde, aliás, não é mais contradição, nas exposições recentes do direito público peninsular -, em que se teria uma gradação dessa eficácia desde um máximo, quando as normas constitucionais apresentariam "eficácia plena", até um mínimo, registrado nas chamadas "normas programáticas" - e nesse ponto não se pode deixar de fazer uma referência à renovação do pensamento de J. AFONSO DA SILVA, do qual costumam partir os doutrinadores pátrios que tratam dessa matéria, no sentido de aceitar a aplicabilidade das normas programáticas, que permaneceriam com essa denominação apenas por conterem (também) pautas para ação estatal, posição próxima daquela de doutrinadores portugueses (cf., v.g., GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, 1991: 50. O novo pensamento do ilustre professor de direito constitucional da USP foi apresentado em palestra na Universidade de Fortaleza - UNIFOR -, no dia 04.12.92., cujo texto está publicado na Revista da Procuradoria do Estado do Ceará, nº 11, 1993, pp. 43 ss.).

Ora, por o que acabamos de ver, não haveria norma de direito fundamental com "eficácia absoluta", se além da "semântica constitucional" considerarmos a "dimensão pragmática", onde essas normas se encontram em estado de tensão e de mútua restrição. Ao mesmo tempo, e o que é mais importante de se levar em conta, não se coaduna com a natureza da norma de direito fundamental a sua inclusão no rol das "normas programáticas", para o qual tendem a ser relegados os "direitos sociais, econômicos e culturais", bem mais vulneráveis que os clássicos "direitos de liberdade", por, ao contrário desses, não dependerem de uma abstenção, e sim, de uma prestação do Estado. Nossa preocupação é que a doutrina corrente entre nós sobre eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais favoreça a adoção do que com toda propriedade se denominou "procedimentos interpretativos de bloqueio" (FERRAZ JR., 1990: 12; v. tb. NEVES, 1994: 147), na inteligência dos direitos fundamentais, visando aplicá-los restritivamente, o que causaria prejuízos incalculáveis à sua efetividade, dependente, é certo, de fatores políticos, mas também de fatores científicos, no campo do direito.

Nesse sentido, revela-se ainda atual a lição de EROS R. GRAU, quando, ainda no período em que a Constituição do País acobertava um regime ditatorial, apontava o caráter reacionário de construções em que se desloca a consagração de direitos fundamentais para as normas programáticas, evitando, assim, sua aplicabilidade imediata pelos poderes estatais, em virtude da falta de norma regulamentadora. (Cf. GRAU, 1985: 42/43.) No mesmo diapasão, afirma GOMES CANOTILHO (1989: 132) peremptoriamente: "pode e deve-se dizer que hoje não há normas constitucionais programáticas", no sentido em que delas se fala tradicionalmente na doutrina. Adiante, refere o mestre de Coimbra que os direitos fundamentais, por possuírem igualmente uma "dimensão objetiva" - i.e., não são apenas "direitos subjetivos", conforme enfatiza a doutrina alemã (cf., v.g., HESSE, 1984: § 9 II, 112 ss.) -, reconduzível à uma obrigação do Poder Público de viabilizar materialmente o exercício desses direitos, podem vir a estar consagrados em normas ditas "programáticas". Contudo, não apenas é errôneo confundir as duas dimensões, como também aquela objetiva "não é menos digna e menos vinculativa que a dimensão subjetiva. Tem apenas outro caráter normativo e outro fim: servir de imposições legiferantes ou de imposições constitucionais fundamentadoras de um dever concreto de o Estado e poderes públicos dinamizarem, dentro das possibilidades de desenvolvimento econômico e social, a criação de instituições, procedimentos e condições materiais indispensáveis à realização e exercício efetivo dos direitos fundamentais".

(Id. ib.: 474.)

## BIBLIOGRAFIA

**Alexy**, Robert. *Theorie der Grundrechte.*, Baden-Baden: Nomos, **1985**.

**Comparato**, Fábio K. *Para viver a Democracia.*, São Paulo: Brasiliense, **1989**.

**Ferraz Jr.**, Tércio S. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, **1990**.

**Gomes Canotilho**, José Joaquim. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, **1989**.

**Idem/Vital Moreira**. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, **1991**.

**Grau**, Eros Roberto. "A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas". In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, **1985** (pp. 40 ss.).

**Idem**. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: RT, **1990**.

**Guerra Filho**, Willis Santiago. *Estudos Jurídicos - Teoria do Direito, Direito Civil*. Fortaleza: Imprensa Oficial (CE), **1985**.

**Idem**. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), **1989**.

**Idem**. "Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional". In: Revista de Processo, São Paulo: RT, **1991** (pp. 122 ss.).

**Hesse**, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, **1984**.

**Neves**, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, **1994**.

**Silva**, José Afonso da. "Aplicabilidade das Normas Programáticas". In: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, Fortaleza: Imprensa Oficial (CE), **1993** (pp. 43 ss.).

**Stein**, Ekkehart. *Staatsrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, **1982**.

**Verdu**, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político* (vol. II). Madri: Tecnos, **1977**.

**Vieira de Andrade**, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, **1987**.