

Willis Santiago
Guerra
Filho

Dereitos fundamentais: teoría e realidade normativa

Profesor da facultade de
Dereito da Universidade
Federal do Ceará

1. *Introducción*

A entrada en vigor dunha Carta constitucional no Brasil, en outubro de 1988, representa un serio desafío para os estudiosos do dereito no noso país, pois trae consigo un imperativo de renovación da orde xurídica nacional, por ser totalmente nova a base sobre a que esta se asenta. Tense, polo tanto, que reinterpretar-lo dereito nacional como un todo, á luz da nova Constitución da República Federativa do Brasil (abreviatura CR), o que presupón unha actividade interpretativa da propia lei fundamental. O obxectivo último das pescudas de base, que propomos que se realicen agora, sería o de fornecer apoios teóricos para auxilia-la tarefa de interpretar (e concretar) a Constitución, partindo do presuposto de que se trata dun tipo de interpretación dotado de características e peculiaridades que o distinguen cla-

ramente da interpretación de normas infraconstitucionais (Guerra Filho, 1989: 46, *passim*).

A interpretación constitucional, pola súa vez, presupón (ou “precomprende”, en expresión do constitucionalista portugués Gomes Canotilho, 1989: 425) unha teoría dos dereitos fundamentais, especialmente cando se pretende interpretar unha Constitución como a que temos agora, onde se adoptou un modelo inaugurado contemporaneamente coa Constitución alemá de Bonn e xa seguido antes ca nós polo lexislador constitucional dos países da península ibérica, España e Portugal, cos que estamos unidos por estreitos lazos históricos e culturais. De acordo con ese modelo, propio das constitucións que, coma a nosa, se propoñen instaurar un “Estado democrático de dereito” (CR, art. 10, *caput*), ocupa unha posición central a consagración de “dereitos e garantías fundamentais”, tal como se fai, exhaustiva e amplamente no título II da nosa Constitución, ou de xeito espallado en todo o seu texto, especialmente no título VIII, “Da orde social”. Para capta-lo sentido de calquera disposición do texto constitucional débese, polo tanto, ter en conta toda esa serie de dereitos fundamentais que, ante todo, se pretende que sexan preservados no ámbito do Estado brasileiro, con base nos principios e obxectivos fundamentais declarados no título I da CR.

A comprensión exacta do noso obxecto de estudio, os dereitos fundamentais, implica abordar temas correlativos na filosofía xurídica e política, como son aqueles do dereito natural e dos dereitos humanos, valéndose tamén dos resultados de estudos recentes que avivou a discusión sobre teoría da xustiza e ética do discurso, a partir de obras como as de Rawls (1977), Habermans (1987) e Höffe (1991).

Por outra parte, hai que situa-los dereitos fundamentais dentro de concepcións diversas respecto do Estado e da Constitución, como marco conceptual básico para unha teoría do Estado e para a teoría constitucional (Verdu, 1977-II: 406 e ss.). Aquí importa centra-la atención naquela formación estatal que se presenta actualmente como a máis difundida e en pleno proceso de expansión: a do Estado democrático e social de dereito.

Na teoría dos dereitos fundamentais que se pretende, daquela, que sexa desenvolvida, cabería a función de canalizar para o estudio do seu obxecto contribucións tomadas de diversas disciplinas, filosóficas e científicas. O seu compro-

miso, mentres, establécese co esclarecemento dun material xurídico positivo, onde se configura como unha empresa “no sentido duma concepción sistematicamente orientada para o carácter geral, finalidade e alcance intrínseco dos dereitos fundamentais” (Canotilho, *loc. cit.*), é dicir, algo como a “parte xeral” dunha dogmática dos dereitos fundamentais positivados constitucionalmente (Alexy, 1985: 18, 21 e ss.). Aquí interesa, previamente, establece-lo estatuto epistemolóxico de estudos desa natureza e, de seguido, desenvolver unha análise formal, sen vínculo directo co material empírico-normativo, da norma xurídica que consagra o dereito fundamental e, correlativamente, das situacións xurídicas subxectivas dela derivadas. Só entón se terá cumprido coas tarefas propedéuticas na abordaxe dos dereitos fundamentais na orde constitucional brasileira.

Debido á novidade que representa no noso ordenamento xurídico esa ampla institucionalización de dereitos e garantías fundamentais das persoas, individual e colectivamente, faise extremadamente necesario o recurso ó estudio da lexislación estranxeira, ó dereito constitucional comparado, por tanto (Sánchez Agesta, 1976). De entre os diversos sistemas xurídicos, é de destacar, pola cualidade da súa elaboración doutrinaria e xurisprudencial, o de Alemaña federal, de onde se intentará obte-lo máximo de informacións, a partir de obras-padrón, como son as de Hesse (1984) e Stern (1988). En lingua vernácula, a mellor forma de ter acceso a tales fontes son os traballos do Prof. J. J. Gomes Canotilho, da Universidade de Coímbra.

Finalmente, cómpre subliña-la necesidade de examina-la dimensión procesual do asunto enfocado, cando se teñan que enfrontar problemas como o do control da constitucionalidade (Cappelletti: 1984; Ferreira Mendes: 1990) e o do “acceso à justiça”, o “dereito aos dereitos” (Jorge Miranda, 1988-IV: 252), que se fai a través de instrumentos como o *habeas corpus*, o mandato de seguranza, individual e colectivo, o aínda bastante enigmático mandato de imposición, o *habeas data*, a acción popular, a asistencia xurídica gratuíta (CR, art. 50, incs. LXVIII a LXXIV), así como a través de institucións responsables polas chamadas “funções essenciais à justiça” (CR, arts. 127 a 135) e, de modo especial, polo órgano de xurisdicción constitucional, estrutura que no noso sistema xurídico adquiriu o Supremo Tribunal Federal (CR, arts. 101 e ss.).

2. Caracterización da “Teoría dos dereitos fundamentais” (TDF)

Da teoría dos dereitos fundamentais que se entende que debe ser desenvolvida, cabe dicir, inicialmente, a título de definición do seu estatuto epistemolóxico, que se trata dunha teoría xurídica. Se falar en “teoría” remite inmediatamente á pretensión de facer estudos con carácter científico –pois senón sería máis correcto falar en “doutrina”–, cualificar de “xurídica” unha teoría é sinal de que se ten que relacionar coa ciencia practicada polos xuristas, a chamada “dogmática xurídica”, ou sexa, que a teoría é dirixida cara ó estudio do dereito tal como feito pola xurisprudencia, no sentido de “ciencia do dereito”. Aquí tropezamos logo nun grande “obstáculo epistemolóxico” (Bachelard), pois é sabido que a cientificidade desa disciplina vén sendo cuestionada desde que foi proposta explicitamente. Remitindo o lector a traballos anteriores onde o asunto aparece abordado (v. gr., Guerra Filho, 1986: 8 ss.; Idem, *Repro*, 1991: 122 ss.), óptase por evitar unha confrontación directa con esa *vexata questio*, para pasar á caracterización de cómo se concibe que debe ser elaborada unha teoría dogmático-xurídica dos dereitos fundamentais, apta para ser cualificada como “científica”.

A concepción epistemolóxica da dogmática xurídica que se defende pode ser denominada de “inclusiva” (Guerra Filho, ARSP, 1989), por propugnar que se leve en contra unha multiplicidade de perspectivas de estudio do dereito, cando da elaboración de respostas ós problemas colocados, ás cales se poida asocia-lo atributo da cientificidade, compatible co carácter práctico deses problemas e, por vía de consecuencia, tamén da ciencia que deles se ocupe. Unha formulación paradigmática dentro dese espírito é aquela ofrecida polo profesor alemán da Universidade de Göttingen, Ralph Dreier (1981: 10 ss., *passim*), a cal é retomada e aplicada especificamente ó desenvolvemento dunha teoría dos dereitos fundamentais, por Robert Alexy (1978, 1983: 308 ss.; 1986: 22 ss.; 1989: 240/260). Trátase dun modelo cualificado por eles como “tridimensional”, onde se divisa unha dimensión analítica, outra empírica e unha terceira, a dita normativa, no estudio dogmático do dereito (a propósito, cf. Guerra Filho, 1990; Canotilho, 1990: 12/13). A proposta, entón é toma-lo “modelo Dreier-Alexy” como referencial básico, sen por iso deixar de introducir modificacións que

o tornen compatible con ideas propias en epistemoloxía xurídica, anteriormente desenvolvidas.

Na “dimensión analítica” colócanse estudos dirixidos cara á construción e perfeccionamento dun sistema conceptual no ámbito xurídico, dotado dos atributos de claridade e coherencia, co fin de atender cada vez mellor ó obxectivo, inherente e constitutivo de todo labor científico, de comunicación intersubxectiva sobre o obxecto procurado. Cara aquí conflúen as importantes contribucións do pensamento formalista, de orixe xermánica, bastante visible xa na elaboración do dereito privado pola pandectística (Windscheid, o primeiro Jhering), no século pasado, e predominante no primeiro cuarto dese século, por influencia tamén de iuspublicistas como Gerber, Laband, G. Jellinek e a Escola de Viena, formada en torno a Hans Kelsen, así como procesualistas da chamada “época de construción científica”, tales como Bülow, Köhler e Goldschmidt. Da mesma forma hai unha tradición anglosaxona de pensamento analítico no terreo xurídico que se remonta a Hobbes, evidenciándose en Benthan e no seu discípulo John Austin con *The province of jurisprudence determined*, que ten como grande representante na actualidade o autor de *The Concept of Law* (1962), Herbert Hart. Na obra dese último detéctase xa a influencia da filosofía contemporánea, analítica, na que destaca o nome de Ludwig Wittgenstein como o máis representativo.

Contribucións provenientes de correntes filosóficas con achegas analíticas, así como adquisicións contemporáneas no sentido dunha melloría na formalización e expresión do pensamento xurídico, tales como a semiótica, a lóxica deontolóxica, novas teorías da argumentación e do discurso práctico, han de ser incluídas para facer ben o traballo imprescindible da dimensión analítica de estudo do dereito. Nela se elabora, por exemplo, e, de modo preciso, o concepto de dereitos fundamentais, distinguíndoo de nocións afíns, así como se elabora o concepto da norma xurídica que os consagra, trata da delineación das situacións xurídicas e titularidades subxectivas subsecuentes de normas dese tipo, da súa peculiar posición no ordenamento xurídico e eficacia, etc.

Dunha “dimensión empírica” da dogmática xurídica, segundo Alexy (1986: 23/24), pódese falar en dous sentidos. Primeiro, en canto se ocupa dun dereito positivo, que é un

dato obxectivo, se ben pertencente a unha orde normativa do real, humanamente constituída. Segundo, cando se trata de empregar, na argumentación xurídica, premisas constatables empiricamente na realidade fáctica. De seguido, declara só ter en conta, na elaboración da teoría dos dereitos fundamentais, o empirismo no primeiro sentido, o cal sería o mesmo có utilizado por Kant, cando distingue, na primeira parte da *Metafísica dos costumes* (1797), a “teoría apriorística do dereito” dunha “doutrina meramente empírica do dereito” (*bloß empirische Rechtslehre*), o que significa dicir, no primeiro caso, o estudo do fundamento de todo e calquera dereito positivo, feito inquirindo a razón pura, abstraéndose das formas históricas de manifestación do dereito (Cf. Kant, *op. ult. cit.*, in: “gesammelte Schriften”, vol. VI, pp. 229/230, *apud* Alexy, *loc. ult. cit.*). Aquí, en consonancia co proxecto epistemolóxico esbozado xa no momento da disertación de mestrado (Guerra Filho, 1986), penso que non debemos reduci-la orde xurídica vixente en determinado país, nunha certa época, a base empírica, que finalmente se vai prestar á verificación (ou negación) das hipóteses levantadas para o estudo e, así, fornecer algo indispensable para acreditálo como científico. Compoñen igualmente o empirismo xurídico solucións dadas por ordes xurídicas e doutrinas doutras épocas e países ós problemas colocados fronte ó dereito positivo estudado, desde que se amose compatible con el.

A “dimensión normativa” é aquela na que os estudos dependen máis do recurso á facultade de crítica, exercida na avaliación do material positivo no seu máis amplo sentido, onde se inclúen o discurso normativo oriundo non só do lexislador, senón tamén doutros operadores xurídicos, especialmente aqueles integrantes do xudicial e os doutrinadores, habendo entre as posturas de ambos o que xa se denominou “unidade de discurso”.

Nesa terceira dimensión, que sería mellor denominar “crítico-normativa”, nótase a asunción do compoñente axiolóxico, inmanente ó dereito, e tanto máis visible canto que se lida cun asunto como ese dos dereitos fundamentais. É, por tanto, o momento no que se ha de botar man dunha metodoloxía como aquela proposta pola chamada “xurisprudencia das valoracións” (*Wertungsjurisprudenz*), a íntima conexión da cal co noso tema será examinada oportunamente (*vid.* Guerra Filho, 1989: 39 ss. e *Repro* 62, 1991: 122 ss.). Tamén a crítica da ideoloxía subxacente ás construc-

cións lexislativas, doutrinarias e xudiciais, deberá preocuparnos na realización de estudos a ese nivel, para o que se presenta como adecuado o paradigma científico desenvolvido a partir de Marx e outros teóricos socialistas, retomado con grande vigor máis recentemente, nos máis diversos lugares (cf. Guerra Filho, 1985: 16/17). Finalmente, é de salientar que nesa dimensión da teoría dos dereitos fundamentais, esta se amosa tamén como unha doutrina, produto da razón práctica, cando resolve o que Alexy denominou “problemas de complementación e de fundamentación” (*Ergänzungs- und Fundierungsproblemen, loc. ult. cit.*, pp. 25/26), por ofrecer unha complementación do contido e do sentido das normas, extremadamente vagas e abstractas, que tratan da materia dos dereitos fundamentais no plano constitucional, ben como unha fundamentación racional dos xuízos de valor necesarios á súa aplicación.

3. A norma de dereito fundamental

Á norma xurídica que consagra o dereito fundamental teremos que referirnos facendo uso da expresión elíptica “norma de dereito fundamental”, correspondente ó termo alemán *Grundrechtsnorm*. Polo de pronto, cabe lembrar que non é a norma xurídica a única forma de expresión dos dereitos fundamentais, o que significa dicir que eses son unha realidade máis abrangente cá norma. Xa hai moito que a teoría do dereito se deixou de centrar na figura da norma xurídica, abandonando esa perspectiva por así dicir “micro”, no nome daqueloutra “macro”, na cal se estudia o dereito a partir do ordenamento no que el se dá a coñecer positivamente, e que transcende a mera suma das normas a que se propón referir como a “orde xurídica”. De aí, por exemplo, que estean positivados no noso ordenamento xurídico dereitos fundamentais que non están aínda previstos na Carta constitucional, como consta do § 2º de seu art. 5º, en que pese á vasta extensión do catálogo deses dereitos, consagrados nese mesmo artigo.

Por outro lado, se o conxunto dos dereitos fundamentais non se reduce a aquel en que se atopan as normas que os consagran, tamén nese último conxunto se atopan máis que normas de dereitos fundamentais. Aquí débese ter en conta a circunstancia de que a teoría do dereito contempo-

ránea, ó expandi-lo seu obxecto de estudio da norma para o ordenamento xurídico, rematou por incluír nel unha especie de norma que antes nin sequera era considerada como tal, o que, por vía de consecuencia, supuxo unha ampliación tamén no concepto de norma ata entón corrente. E é precisamente nesa “nova especie” de norma onde se irá incluír aquela de dereitos fundamentais, así como, xuntamente con elas, outras dotadas da mesma “fundamentalidade”, mais que non confiren dereitos, nin configuran calquera outra situación subxectiva.

Antes, sen embargo, de aborda-lo asunto da norma de dereito fundamental, cabe facer algunhas consideracións sobre a norma xurídica en xeral. Nese punto, non hai necesidade de deixármonos envolver na interminable discusión filosófica sobre a natureza da norma xurídica, posicionándose entre imperativistas ou antiimperativistas, pois para obterse un coñecemento, como o científico, non se precisa saber o que son as cousas en si, a súa esencia, bastándonos algunha fórmula xeneralizadora dos trazos presentados por tales cousas individualmente, ó se mostraren á nosa percepción, en canto fenómenos.

Na norma xurídica, entón, non se divisa nin un imperativo, unha orde, resultante dunha manifestación volitiva, nin un xuízo, resultante dunha manifestación cognitiva, mais si algo, por así dicilo, “intermediario” entre ambos: unha “expresión deontolóxica”, unha prescrición de determinado tipo, que adquire o seu carácter especificamente xurídico cando se insire no contexto dun ordenamento xurídico (*vid.* a propósito do que se dixo e sobre o que se segue, Willis Guerra Filho, 1985: 21 ss.). Esas expresións déixanse reducir a proposicións lóxicas, con determinada estrutura, onde se ten (1) a descrición dun hipotético estado de cousas (*Sachverhalte*), e (2) a súa modalización en termos deontolóxicos a través dun “functor”, os tipos básicos do cal son: “obligatorio”, “prohibido”, “facultado”.

Da posesión deses elementos, cabe agora introduci-lo noso tema no contexto da diferenza entre normas que son “regras” e aquelas que son “principios”, sendo entre estas últimas onde se sitúan as normas de dereitos fundamentais (sobre a diferenciación, cfr., con pioneirismo na literatura nacional, Grau, 1990: 92 ss.). As regras traen a descrición de estados de cousas formados por un conxunto ou un certo número deles, en canto nos principios hai unha re-

ferencia directa a valores. De aí que se diga que as regras se fundamentan nos principios, os cales non fundamentarían directamente ningunha acción, dependendo para iso da intermediación dunha regra concretizadora. Principios, por tanto, ten un grao incomparablemente máis alto de xeneralidade (referente á clase de individuos á que a norma se aplica) e abstracción (referente á especie de conxunto ó que a norma se aplica) que a máis xeral e abstracta das regras. Por iso, tamén, se pode dicir con maior facilidade, diante dun acontecemento ó cal unha regra se reporta, se esa regra foi observada ou se foi infrinxida, e, nese caso, como se podería ter evitado a súa violación. Xa os principios son “determinacións de optimización” (*Optimierungsgebote*), na expresión de Alexy (1985: 75/76), que se cumpren na medida das posibilidades, fácticas e xurídicas, que se ofrecen concretamente.

E, finalmente, en canto o conflito de regras resulta nunha antinomia, a ser resolvida pola perda de validez dunha das regras en conflito, aínda que nun determinado caso concreto, deixándose de cumprila para cumprila outra, que se entende como a correcta, as colisións entre principios resultan a penas en que se privilexie o acatamento dun, sen que iso implique a falta de respecto completa do outro. Xa na hipótese de choque entre regra e principio, é conveniente que ese deba prevalecer, aínda que aí, na verdade, el prevalece, en determinada situación concreta, sobre o principio no que a regra se basea.

O trazo distintivo entre regras e principios, por último referido, apunta cara a unha característica destes que é de destacar: a súa relatividade. Non hai principio respecto ó cal se poida pretender que sexa acatado de forma absoluta, en toda e calquera hipótese, pois unha tal obediencia unilateral e irrestricta a unha determinada pauta valorativa –digamos, individual– acaba por infrinxir algunha outra –por exemplo, colectiva–. De aí que se diga que hai unha necesidade lóxica e, ata, axiolóxica, de postular un “principio de proporcionalidade” para que se poidan respectar normas, como os principios –e, logo, tamén as normas de dereitos fundamentais, que posúen o carácter de principios–, tendentes a chocar (cfr. Alexy, cit.: 100, 143 ss., *passim*; Willis Guerra Filho, 1989: 47, 69 ss., *passim*).

A mellor comprensión dese aspecto, que se acaba de suscitar, require a tematización da norma de dereito funda-

mental naquilo que toca os principios fundamentais da orde constitucional. Despois de aceptar que son as normas de dereito fundamental un “principio xurídico”, cabe agora situalas nun sistema normativo, deducido do ordenamento xurídico ou, máis especificamente, da orde constitucional estudiada.

Inicialmente, vale afirma-lo entendemento de que ese sistema é susceptible de ser representado figurativamente na forma piramidal, proposta pola Escola de Viena (A. Merkl e H. Kelsen, en especial), coa súa concepción do ordenamento xurídico cunha orde graduada de normas, situadas en chanzos máis inferiores ou superiores, conforme ó seu menor ou maior grao de xeneralidade e abstracción, respectivamente, sendo aquelas máis concretas e particularizadas validadas polas que están enriba delas. É certo que diverxemos da concepción orixinal kelseneana, onde ese proceso tende ó infinito, e por iso se coloca unha “norma hipotética fundamental” como límite ó pensamento, que require sempre unha fundamentación para a norma xurídica á que por último se chega “subindo a pirámide”. Esa norma hipotética, sen embargo, por ser un “requisito do pensamento” e “meramente pensada”, non resulta de ningún acto de vontade que a positive, onde non ser unha norma xurídica propiamente e, así, non pode se-la responsable da validación xurídica de toda a cadea de normas que nela encontraría o seu elo final. Esa incoherencia, como é sabido, levou o autor da “teoría pura do dereito” a reformular-lo seu pensamento, despois da publicación da 2ª (e definitiva) edición desa obra, sendo a última versión do seu pensamento ó respecto a obra póstuma *Teoría Geral das Normas* (cfr., v. gr., Guerra Filho, 1985: 25/26). A idea que se require aquí, polo que parece, é semellante a aquela que a física contemporánea ten do espacio, ou sexa, xa non como infinito, pero si circular.

Non é este o momento para entrar en semellante discusión de teoría do dereito, mais, en resumo, o que se pensa é que no encadeamento do proceso de validación ha de darse unha “curva”, que permitiría a validación da máis xeral e abstracta das normas pola súa aplicación a casos concretos e particulares (cfr. a ese respecto e sobre o que se segue, Guerra Filho, 1989: 49 ss.). A nosa proposta para o momento, entón, é que se dea un “corte epistemolóxico”, co fin de que poidamos estudia-lo “vértice” da pirámide onde están os

principios constitucionais, de entre os cales se inclúen as normas de dereito fundamental, principal obxecto de estudo nesa parte do presente traballo.

No chanzo máis elevado da “pirámide”, dentro da cal, para efectos de estudo, pretendemos encadra-lo noso ordenamento xurídico, encóntranse, como é patente, as determinacións da nosa Constitución de 1988. No cume desa pirámide, entón, temos un principio que representa a decisión política fundamental, tomada polo pobo brasileiro, que levou á reunión dos seus representantes en Asemblea Nacional Constituínte e á ruptura coa orde constitucional anterior. Ese principio é anunciado xa no “Preámbulo” da nosa Carta constitucional, a cal só podería desempeña-la función que lle está reservada, de responsable da expresión e mantención da “unidade política” da sociedade organizada baixo a éxida estatal, na medida en que consignase tal principio e establece normas, del derivadas, capaces de permiti-la súa efectividade a través do ordenamento xurídico. Ese principio maior, de entre aqueles enunciados na nosa Constitución, é o “principio do Estado democrático”.

O principio do Estado democrático pode ser entendido como resultado da conxunción de dúas esixencias básicas, da parte dos integrantes da sociedade brasileira, dirixida ós que actuasen no seu nome na realización dos seus intereses, e que poden ser traducidas no imperativo de respecto á legalidade, debidamente amparada na lexitimidade. Xa no primeiro artigo da Constitución se evidencia que daquel principio se extraen outros, tidos, polo propio enunciado do título I, como “principios fundamentais”. De entre eses, sen embargo, seguindo de preto a mellor doutrina constitucional portuguesa, sustentada en leccións xermánicas (Canotilho, 1989: 129 ss.), distinguiremos “principios fundamentais estruturantes” de “principios fundamentais xerais”, sendo eses colocados nun chanzo por debaixo dos primeiros, habendo aínda, debaixo deles, os “principios constitucionais especiais”, e, a continuación, as normas constitucionais que non son principios, senón simples “regras”.

Como “principios fundamentais estruturantes” apuntaremos os xa mencionados “principios do Estado de dereito” e “principio democrático”. A eses, Canotilho (1989: 129) acrecéntalles o “principio republicano”, o que evitamos por entendermos que están as conquistas históricas alcanzadas no nome dese principio, xa debidamente incorporadas ós

dous principios estruturantes que acabamos de mencionar, máis alá de que, como proba da súa posición inferior, fronte ós outros dous, habería a circunstancia de que, entre nós, por forza dunha eventual opción plebiscitaria, coa cal en breve nos enfrontaremos, ese principio puidese quedar en nada máis que integra-la nosa orde constitucional.


De entre os “principios fundamentais xerais”, enunciados no art. 1º da Constitución do 88, merece destacarse especialmente aquel que impón o respecto á dignidade da persoa humana. O principio mereceu formulación clásica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina que os homes, nas súas relacións interpersoais, non actúen xamais de xeito que o outro sexa tratado como obxecto, e non como, igualmente, un suxeito. Ese principio demarcaría o que a doutrina constitucional alemana, considerando a disposición do art. 19 II da lei fundamental, denomina de “núcleo esencial intanxible” dos dereitos fundamentais (cfr., *v. gr.*, Stein, 1982: 258 ss.; Vieira de Andrade, 1987: 233 ss.). Entre nós, aínda antes de entrar en vigor a actual Constitución, a mellor doutrina xa enfatizaba que “o núcleo esencial dos dereitos humanos reside na vida e na dignidade da persoa” (Comparato, 1989: 46). Os dereitos fundamentais, por tanto, estarían consagrados obxectivamente en “principios constitucionais especiais”, que serían a “densificación” (Canotilho) ou “concretización” (se ben aínda nun nivel extremadamente abstracto) daquel “principio fundamental xeral”, de respecto á dignidade humana. Del tamén se deduciría o xa mencionado “principio da proporcionalidade”, ata como unha necesidade lóxica, máis alá da política, pois se os diversos dereitos fundamentais están, abstractamente, perfectamente compatibilizados, concretamente se darían as “colisións” entre eles, cando, recorrendo a ese principio, se privilexiase, circunstancialmente, algún dos dereitos fundamentais en conflitos, mais sen con iso chegar a atinxir outro dos dereitos fundamentais conflictivos no seu contido esencial (cfr. Guerra Filho, 1989: 74/76, e, extensamente, Canotilho, 1989: 495 ss.).

Neste momento vale suscitar un último aspecto, encerrando o presente traballo, que se propuña máis ben demarcar unha problemática, indicando rumbos para posteriores desenvolvementos, que propiamente facer un tratamento exhaustivo da materia. Trátase da cuestión da eficacia da norma de dereito fundamental, a cal non se aplicaría ás cla-

sificacións usualmente presentadas en manuais de dereito constitucional patrio, das “cargas de eficacia” das normas constitucionais. Esas clasificacións que, pese a algunha variación terminolóxica, acostuman ser construídas a partir dun padrón, importado da doutrina italiana –onde, sen embargo, non é máis enconradizo, nas exposicións recentes do dereito público peninsular–, no que se tería unha gradación desa eficacia desde un máximo, cando as normas constitucionais presentasen “eficacia plena”, ata un mínimo, rexistrado nas chamadas “normas programáticas” –e nese punto non se pode deixar de facer unha referencia á renovación do pensamento de J. Afonso da Silva–, do cal acostuman partilos doutrinadores patrios que tratan desa materia, no sentido de acepta-la aplicabilidade das normas programáticas, que permanecerían con esa denominación, a penas por contener (tamén) pautas para a acción estatal, posición próxima daquela de Canotilho adiante referida (o novo pensamento do ilustre profesor de dereito constitucional da USP foi presentado ó público na Universidade de Fortaleza, UNIFOR, o día 04.12.92, –o texto do cal está no prelo–, na *Revista da Procuradoria do Estado do Ceará*, RPE n.º 11).

Agora ben, polo que acabamos de ver, non habería norma de dereito fundamental con “eficacia absoluta” se alén da “semántica constitucional” considerámo-la “dimensión pragmática” onde esas normas se encontran en estado de tensión e de mutua restricción. Ó mesmo tempo, e o que é máis importante, de se ter en conta, non se conforma coa natureza da norma de dereito fundamental a súa inclusión no rol das “normas programáticas”, para o cal tenden a ser relegados os “dereitos sociais, económicos e culturais”, bastante máis vulnerables cós clásicos “dereitos de liberdade”, por, ó contrario deses, non dependeren dunha abstención e si dunha prestación do Estado. A nosa preocupación é que a doutrina corrente entre nós sobre eficacia e aplicabilidade das normas constitucionais, favoreza a adopción do que con toda propiedade se denominou “procedementos interpretativos de bloqueio” (Ferraz J. R., 1990: 12), na intelección dos dereitos fundamentais, visando aplicalos, o que lle causaría prexuízos incalculables á súa efectividade, dependente, é certo, de factores políticos, mais tamén de factores científicos, no campo do dereito.

Nese sentido, revélase aínda actual a lección de Eros R. Grau cando, aínda no período e que a Constitución do país

abeiraba un réxime dictatorial, apuntaba o carácter reaccionario de construcións nas que se disloca a consagración de dereitos fundamentais para as normas programáticas, evitando así a súa aplicabilidade inmediata polos poderes estatais, en virtude da falta de norma reguladora (cfr. Grau, 1985: 42/43). No mesmo diapasón, afirma Canotilho perentoriamente: “pode e deve-se dizer que hoje não há normas constitucionais programáticas” no sentido en que delas se fala tradicionalmente na doutrina (*op. ult. cit.*: 132). Adiante, refire o mestre exemplar de Coímbra que os dereitos fundamentais, por posúiren igualmente unha “dimensión obxectiva” –i.e., non son a penas “dereitos subxectivos”, conforme enfatiza a doutrina alemana (cfr., v. gr., Hesse, 1984: § 9 II, 112 ss.)–, reconducible a unha obriga do poder público de viabilizar materialmente o exercicio deses dereitos, poden vir a estar consagrados en normas chamadas “programáticas”. Con todo, non só non se deben confundi-las dúas dimensións, como aquela obxectiva que “non é menos digna e menos vinculadora que a dimensión subxectiva. Ten soamente outro carácter normativo e outro fin: servir de imposicións lexiferantes ou de imposicións constitucionais fundamentadoras dun deber concreto do Estado e dos poderes públicos de dinamizaren, dentro das posibilidades de desenvolvemento económico e social, a creación de institucións, procedementos e condicións materiais indispensables á realización e exercicio efectivo dos dereitos fundamentais” (*id. ib.*: 474). 

- ALEXY, ROBERT, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., reimp., 1983.
- , *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985.
- CAPPELLETTI, MAURO, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1984.
- COMPARATO, FÁBIO K., *Para viver a Democracia*, Brasiliense, São Paulo, 1989.
- DREIER, RALPH, *Recht - Moral - Ideologie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1981.
- FERRAZ JR., TÉRCIO S., *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, Atlas, São Paulo, 1990.
- FERREIRA MENDES, GILMAR, *Controle de Constitucionalidade*, Saraiva, São Paulo, 1990.
- GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM, *Direito Constitucional*, Almedina, Lisboa, 1989.
- , “Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização”, separata do vol. LXVI do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1990. 10.
- GRAU, EROS ROBERTO, “A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas”, *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, Rio de Janeiro, 1985, pp. 40 e ss.
- , *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, RT, São Paulo, 1990.
- GUERRA FILHO, WILLIS SANTIAGO, *Estudos Jurídicos - Teoria do Direito, Direito Civil*, IOCE, Fortaleza, 1985.
- , *Do Litisconsórcio Necessário nas Ações de Estado. Diss.*, PUC/SP, 1986.
- , *Ensaios de Teoria Constitucional*, Imprensa Universitária, Fortaleza, 1989.
- , “Teorias Tri- e Multidimensionais em Epistemologia Jurídica: O Modelo Dreier - Alexy e o Modelo Integrativo Polonês”, *IV Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito*, João Pessoa, 1990, pp. 153 e ss.
- , “Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional”. *Revista de Processo*, RT, São Paulo, 1991, pp. 122 e ss.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Theorie des kommunikativen Handels* (2 vols.), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987.
- HESSE, KONRAD, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 1984.
- HÖFFE, OTFRIED, *Justiça Política. (Fundamentação de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado)*, Vozes, Petrópolis, 1991.
- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional* (vol. IV), Coimbra Ed., Coimbra, 1988.

- RAWLS, JOHN, *A Theory of Justice*, The University Press, Cambridge - Mass., 1971.
- SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Universidad de Madrid, Madrid, 1976.
- STEIN, EKKEHART, *Staatsrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1982.
- STERN, KLAUS, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (3 vols.), C. H. Beck, Munique, 1988.
- VERDÚ, PABLO LUCAS, *Curso de Derecho Politico* (vol. II), Tecnos, Madrid, 1977.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987.