

O desafio da efetivação dos direitos fundamentais: uma análise da Carta de 1988 a partir das teorias constitucionais de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse

Maria Helena Ferreira Fonseca Faller*

Resumo

Neste artigo pretende-se analisar e refletir acerca da realidade constitucional brasileira contemporânea, a partir das teorias de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. Transcorridos 20 anos da promulgação da Carta Constitucional, verificou-se que seu conteúdo logrou pouca efetividade. A partir dessa premissa, se construirão conexões entre o pensamento de Ferdinand Lassale e a realidade constitucional brasileira, enveredando-se, a seguir, pela possibilidade de efetividade constitucional apresentada por Konrad Hesse, a Vontade de Constituição, a qual permite que os membros do corpo político e social brasileiro se responsabilizem pela efetividade constitucional.

Palavras-chave: Direito constitucional. Constituição Federal de 1988. Efetividade constitucional.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 constitui-se no ingresso do Brasil em um regime democrático (formal), após 25 anos de regime militar e 12 anos de abertura gradual. Os anseios de participação, represados à força, fizeram da Constituinte uma apoteose cívica, marcada por interesses e paixões. O assédio dos *lobbys*, dos grupos de pressão de toda ordem, geraram um texto com inúmeras esquizofre-

* Advogada e mestranda do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; Rua Walenty Golas, 371, ap. 802/C, 81200-520, Curitiba, Paraná; mhlele@onda.com.br

nias ideológicas e densamente corporativo, tradução de uma relação de dominação protagonizada por uma elite econômica e intelectual, a qual não possuía qualquer interesse em elaborar projetos generosos para o país (BARROSO, 2001, p. 42).

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer a posituação dos direitos fundamentais, bem como o caráter democrático da Carta, compreensão da sociedade da época, ávida por reconquistar suas liberdades, sua dignidade como corpo político articulado. Trata-se de um texto com denso conteúdo social, político, econômico e cultural, que representou e talvez ainda represente, uma porta de passagem para a transformação da sociedade brasileira.

Ousadia afirmar isso? De fato. Mas o que pensar e a partir do que pensar, uma sociedade que carrega marcas profundas de anos de um processo de colonização extremamente explorador, calcado na escravidão e na instrumentalização das pessoas? Processo este que atualmente ocorre de diferentes formas, maquiado, escondido por detrás de práticas econômicas, sociais, políticas e culturais abusivas, legitimadas pelo Estado e pela sociedade, causando um fenômeno o qual se assiste indiferente ou sensibilizado: a mercantilização e a degradação da vida em todas as suas expressões.

Qual o papel do direito constitucional nessa sociedade? O que significa se deparar com um texto constitucional como a Carta de 1988 e permanecer amarrado em discursos e reflexões, enquanto milhares de vidas são dizimadas sob a égide de um Estado Democrático de Direito, com fundamento no princípio da dignidade humana?

Transcorreram-se 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e verifica-se que seu conteúdo logrou pouca efetividade.

Criou-se uma máscara social de entorpecimento coletivo. Proclama-se o princípio da dignidade humana, falácias de desenvolvimento econômico e social e permanece-se preso aos discursos, legitimando a profunda raiz de injustiça social. As práticas humanas afrontam frequentemente os mandamentos constitucionais. O que isso demonstra? A Constituição não se presta a ser Constituição? As normas constitucionais são irrealizáveis? Promessas?

A Constituição permanece vigente formalmente, mas parece derrogada na consciência e na práxis dos destinatários de seus comandos.

Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassale proferiu uma conferência sobre a essência da Constituição. Afirmou que esta constituição formal, escrita, por ele

nominada de Constituição Jurídica, tratava-se de mero pedaço de papel. A verdadeira constituição de um país eram os fatores reais de poder que regiam essa nação. A Constituição escrita – Jurídica – constituía um simples pedaço de papel, que deveria apenas retratar a constituição real de um país. Do contrário, sucumbiria à realidade.

A análise da história constitucional brasileira conduz à constatação de que se constituiu certa percepção coletiva de que a Constituição se trata de simples documento de exortações políticas, ideais, meras diretivas, que se rende constantemente a uma constituição real, da realidade cotidiana, a qual é ditada e concretizada pelos integrantes dos centros de poder, nas palavras de Lassale, dos fatores reais de poder. Essa constituição real nega, afronta e enfraquece o conteúdo da Carta Constitucional.

Konrad Hesse (1991, p. 10), por sua vez, em sua aula inaugural ministrada na Universidade de Freiburg – RFA, em 1959, asseverou que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à prática. A Constituição Jurídica acaba por sucumbir à Constituição real.

Contudo, entende Hesse (1991), admitir tal fato significa negar o Direito Constitucional como ciência normativa. Ao contrário, ao atingir-se a compreensão de que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, admite-se que ela possui força normativa e deve conformar e dirigir as condutas de uma nação.

Pretende-se, neste trabalho, refletir sobre as teorias de Ferdinand Lassale e de Konrad Hesse e da pertinência que guardam com a realidade constitucional brasileira dos dias de hoje. Pretende-se, ainda, a partir dessa reflexão, pensar sobre a necessidade de conferir-se efetividade aos mandamentos constitucionais, diante da realidade social, política, econômica, cultural em que a sociedade brasileira se encontra imersa.

Tem-se ciência de quão diversas são as reflexões teóricas a respeito desse tema, quem sabe muito mais complexas do que aqui irá se propor. Entretanto, trata-se de uma inquietação que precisa ser compartilhada, advinda de um sentimento de profundo questionamento em relação ao papel do direito constitucional, como responsável e possível propulsor de transformações sociais no Brasil.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONSTITUIÇÃO REAL DO BRASIL

Em uma palestra oferecida a estudantes de uma universidade alemã, em 1863, Ferdinand Lassale apresenta sua teoria a respeito da essência da Constituição de um país: a Constituição real e efetiva de uma nação consigna-se em seus fatores reais de poder.

Os fatores reais de poder são as forças ativas que determinam que todas as realidades sejam como de fato são. Essas forças ativas conformam e determinam a formação das instituições em um país e constituem-se no fundamento da organização política desse povo. Os fatores reais de poder informam as leis e determinam o funcionamento da vida em sociedade.

Para Lassale, a Constituição não é uma criação dos tempos modernos, mas é parte integrante de qualquer país, desde sua gênese. Da mesma forma e pela mesma lei da necessidade que todo corpo tem uma constituição orgânica própria, estruturada de uma forma ou de outra, todo o Estado apresenta, inarredavelmente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam fatores reais de poder (LASSALE, 1987, p. 18).

O pensamento de Lassale (1987, p. 18), deita raízes no marxismo. Veja-se:

[...] a Constituição política de um Estado, formalmente exteriorizada como uma estrutura de normas jurídicas postas numa folha de papel, não passa da expressão da Constituição real, material, de uma sociedade. Se quisermos saber qual é, realmente, uma Constituição política, devemos enveredar pela interpretação socioeconômica de seus dispositivos, nos quais os fatores de poder se entremostram apenas veladamente.

Tal teoria é inspirada no sociologismo constitucional, o qual concebe a Constituição como fruto da realidade social, encontrando nesta a sua origem. A Constituição, por conseguinte, integra o mundo do ser, não do dever ser. Trata-se da constituição real e efetiva, concretizada cotidianamente. Esses fatores reais de poder transformam-se em fatores jurídicos quando, observadas certas formalidades, são transportados para uma folha de papel, recebendo forma escrita, tornando-se direito positivo, imposto pelo Estado e carregado de coercibilidade (LASSALE, 1987, p. 19).

Portanto, existem duas constituições em um Estado: a real ou escrita, simples documento, *chiffon de papier*. Esta será duradoura apenas se corresponder à

constituição real, ou seja, a soma das forças capazes de alterar, verdadeiramente, o modo formal de ser da sociedade (LASSALE, 1987, p. 19):

[...] Os problemas constitucionais, não são problemas jurídicos, mas de poder, pois a verdadeira constituição é a real e efetiva. As constituições escritas, formalizadas num documento, não terão valor, nem serão duráveis se não forem expressão fidedigna dos fatores do poder. Uma Constituição política elaborada em desacordo com estes fatores, seria um corpo sem alma, mera folha de papel.

Nesse entendimento, a Constituição de papel, nominada por Lassale (1987) de Jurídica, deve corresponder à Constituição real, ou seja, deve ser tão somente o retrato da realidade. Do contrário, sucumbirá à Constituição real, ocupando o *status* de mero pedaço de papel.

Lassale (1987, p. 42) assevera que a inserção dos fatores reais de poder na Constituição Jurídica ocorre de forma velada, “[...] camuflada, mais [...] diplomática.” Os dispositivos constitucionais legitimam os elementos de poder dominantes de uma sociedade por intermédio de uma linguagem legal com aparente aspecto axiológico e justo.

Transpondo a teoria de Lassale à realidade constitucional atual, denotam-se algumas pertinências evidentes.

Consoante já ventilado nesta reflexão, a Constituinte de 1988 foi marcada por interesses e paixões, pelo assédio dos *lobbys* e grupos de pressão de toda ordem, situações as quais geraram um texto constitucional que traduz a relação de dominação protagonizada por uma elite econômica e intelectual, mais interessada em salvaguardar seus próprios interesses a perquerir a construção de um projeto social para o Brasil.

Tal aspecto pode ser prontamente localizado no pensamento de Lassale (1987), quando consigna que os fatores reais de poder são enxertos nas constituições jurídicas camuflada e diplomaticamente. No caso da Carta de 1988, alguns dos fatores reais de poder brasileiros encontram-se revestidos de legalidade, reproduzindo de forma recorrente a estrutura que reforça e legitima a injustiça social no país.

A tradição do Constitucionalismo brasileiro primou sempre por formalizar toda a realidade viva da nação, adequando-a a textos político-jurídicos estanques, plenos de ideais e princípios meramente programáticos. Em regra, as constituições brasileiras recheadas de abstrações racionais, não apenas abafaram as ma-

nifestações coletivas, como também não refletiram as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade (WOLKMER, 2008, p. 144).

Embora exista a possibilidade de se admitir que a Constituição de 5 de outubro de 1988 não escape totalmente desse enquadramento, há de se reconhecer, consoante já asseverado, certos avanços que aproximam mais diretamente suas 315 disposições normativas com o momento histórico e a realidade social existente no país (WOLKMER, 2008, p. 145):

[...] seu retrato igualmente liberal, formalista e vulnerável não inviabiliza um alcance múltiplo: afinal, tanto serve a legitimação da vontade das elites e preservação do *status quo* quanto poderá representar um instrumento de efetiva modernização do país.

Com efeito, a Carta de 1988 traz amplo arcabouço de direitos e garantias fundamentais. As normas constitucionais, em sua totalidade, restam permeadas por um denso conteúdo axiológico e social. A Constituição consagra o Estado Democrático de Direito, a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, estabelece que a atividade econômica deve garantir a todos uma digna existência; fixa como objetivos do país a redução das desigualdades sociais, a concretização da justiça social, para citar apenas alguns dos mandamentos constitucionais.

A realidade histórica do Brasil no momento da formação da Constituinte exigia a positivação de tais direitos. Anos de explorações e violações de toda ordem, uma história marcada pela corrupção, por um sistema político patrimonialista e clientelista. A partir disso, podia-se pensar que a promulgação da Constituição Federal representava uma possibilidade de início de transformações sociais.

Porém, após 20 anos da promulgação da Carta constata-se que a teoria de Lassale é aplicável à realidade constitucional brasileira. Os fatores reais de poder prevaleceram sobre a Constituição Jurídica, a qual parece relegada a mero pedaço de papel pelo Poder Público e pela sociedade deste país. A inobservância dos mandamentos constitucionais é recorrente e tolerada. Há reflexões que concebem a Constituição brasileira como um ideal irrealizável, como uma construção normativa dissociada da realidade, da qual está separada por um hiato insuperável. Essas reflexões respaldam e legitimam as violações constitucionais e acabam por contribuir para a solidificação de uma concepção social excessivamente individualista, atualmente, bastante guiada pela lógica de mercado.

De uma rápida análise da história do Brasil, não são poucas as vezes que se constata que todos os sacrifícios humanos, sociais, culturais e políticos foram justificados pela necessidade de desenvolvimento econômico. Um desenvolvimento econômico que futuramente salvaria os miseráveis da miserabilidade.

Ocorre que este futuro jamais chegou e nunca chegará. A falácia do desenvolvimento respaldou a violação dos direitos fundamentais e continua a respaldar. Tudo se justifica em nome do mercado e de suas promessas de prosperidade a todos. O entorpecimento coletivo causado pela cultura de consumo impede que a sociedade, de fato, enxergue e se sinta responsável pelas milhares de vidas dizimadas diariamente em nome do capital.

O capital justifica que se violem os direitos fundamentais, que justamente por serem essenciais ao desenvolvimento humano, restam positivados constitucionalmente. O capital justifica a impossibilidade de se conferir efetividade à Constituição. Os fatores reais de poder no Brasil ditam a constituição do país e a forma de desenvolvimento da vida em sociedade, das instituições jurídicas, políticas, do Estado em todas as suas expressões.

Nas palavras de Vianna (1978, p. 109), depara-se com a enorme distância existente entre um Brasil real e um Brasil legal, entre a abstração ideal e a realidade concreta da legislação, entre um regime constitucional ostensivo e um regime constitucional concreto.

A prevalência dos fatores reais de poder, da constituição real sobre a Carta Constitucional é uma questão com raízes históricas. Desde as constituições imperiais, a contradição entre o formalismo retórico do texto constitucional e a realidade social agrária do Brasil daquele período não preocupava a elite dominante, que não se cansava de proclamar teoricamente os princípios constitucionais, ignorando a distância entre o legal e a vida brasileira do século XIX (WOLKMER, 2008, p. 106).

Na realidade, a retórica do legalismo federalista, sustentando-se na aparência de um discurso constitucional e acentuando o povo como único detentor do poder político, erguia-se como suporte formalizador de uma ordem socioeconômica que beneficiava somente segmentos oligárquicos regionais sob a proteção do Estado. A mesma situação repete-se no Brasil contemporaneamente, encoberta de outras vestes.

O fato é que se construiu uma concepção coletiva de que para se atingir um determinado estado de coisas considerado necessário, vale afrontar e preterir de-

terminados direitos constitucionais. A falácia do desenvolvimento é um exemplo cabal: “[...] para o Brasil atingir o *status* de país desenvolvido, necessita emancipar-se.” Porém, essa emancipação é considerada apenas em seu viés econômico. Logo, os direitos sociais trabalhistas, os direitos econômicos, os direitos fundamentais, são violados para que ocorra a produção de bens e riquezas em larga escala, já que não se pode “desperdiçar riquezas” com questões relacionadas ao ser humano, ao meio ambiente, aos bens da vida.

Essa produção de bens e riquezas permanece concentrada nas mãos de poucos detentores do capital e não circula nas comunidades locais, em face da economia globalizada. Como escapar-se desse círculo vicioso de décadas? A constituição da realidade é essa, inegável, inescapável. Disso nasce a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes. O processo de reprodução da injustiça social desenvolve-se de forma ávida, disfarçado em discursos de progresso, desenvolvimento e sustento de uma ordem social. A relação de dominação e repressão se perpetua:

A repressão jamais pode confessar-se como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer-se sem encontrar oposição. Eis por que ela usará as bandeiras da manutenção da ordem social, da consciência moral universal, do bem-estar e do progresso de todos os cidadãos. Ela se negará enquanto violência, visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei – e como fundar uma ordem a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica e ideológica. (KATZ; KAHN apud STRECK, 2007, p. 29).

Quanto mais se necessita de políticas públicas, por causa da miséria que se avoluma, mas o Estado se encolhe. Essa é a constituição real do Estado Brasileiro. Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro (STRECK, 2007, p. 27).

Depara-se com um sério problema: de um lado há uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante esses direitos de forma mais ampla possível. Esse é o contraponto. Disso decorre a necessária indagação: qual é o papel do direito e da dogmática jurídica neste contexto? (STRECK, 2007, 37). Asseverar a teoria de Ferdinand Lassale não se demonstra a melhor alternativa.

O Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não somente a formulação de um Estado Liberal de Direito, como também a do Estado

Social de Direito – vinculado ao *Welfare State* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade (MORAIS, 1996, p. 67).

A noção de Estado Democrático de Direito, segundo Streck (2008, p. 39), está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, e traz uma síntese do Estado Liberal e do Estado Social,¹ agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos fundamentais:

A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade [...] Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente princiológico.

Impõe-se a necessidade de uma atuação efetiva do Estado e da sociedade para superar o hiato profundo entre Constituição e realidade, entre ser e dever ser.

A presente reflexão pretende abordar a seguinte questão: como esperar políticas públicas efetivas e servientes àqueles que sofrem a subtração total dos direitos essenciais da vida, de um Estado composto por um quadro de servidores e ocupantes de cargos eletivos e em comissão, que em sua maior parte não observam o conteúdo constitucional e possuem pouca noção da essencialidade e importância da função que ocupam neste país? Como esperar que o Estado observe a Constituição Federal se quem compõe a sua estrutura institucional pouco se importa com os direitos fundamentais positivados na Carta?

De igual forma questiona-se: o capitalismo é constantemente colocado no banco dos réus, como o culpado pela situação de perversidade social, política, econômica e cultural que o país passa. Mas este sistema é um fantasma? Parece razoável admitir que o sistema é composto por pessoas, por membros da sociedade brasileira. Logo, é esta sociedade que o legitima. Os responsáveis pelas violações da Carta Constitucional são os grupos de interesses, os indivíduos que compõem este sistema. Indivíduos e grupos de interesses, ou seja, os “partícipes da vida constitucional” (HESSE, 1991, p. 21) se movem por atos de vontade.

Konrad Hesse, em 1959 apresentou sua palestra acerca da força normativa da Constituição. Entendia que a efetividade da Constituição estava condicionada a existência da Vontade de Constituição. É nesse sentido que se pretende caminhar a seguir.

3 EFETIVAR A CONSTITUIÇÃO DE 1988: A VONTADE DE CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA TEORIA DE KONRAD HESSE

Hesse afirma que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à prática. A Constituição Jurídica sucumbe à Constituição real. Contudo, admitir tal fato constitui-se na negação do Direito Constitucional como ciência normativa (HESSE, 1991, p. 10).

Ao contrário, se for compreender que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, admite-se que ela possui força normativa. Para tanto, Hesse (1991) propõe a superação da separação radical entre norma e realidade, entre ser e dever ser, construindo-se uma relação de interação e diálogo entre a norma constitucional e a realidade.

A norma constitucional não tem existência autônoma diante da realidade, ela foi criada com base no substrato político e espiritual de determinado povo, ou seja, suas condições sociais concretas e o baldrame axiológico, que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas, como se demonstra ser o caso da Constituição Federal de 1988. Foi criada para ser concretizada na realidade, no que consiste sua pretensão de eficácia (HESSE, 1991, p. 15).

A pretensão de eficácia não se confunde com as condições de realização de uma norma. Portanto, a Constituição não afigura o que é, mas o que deve ser, não se trata de mero reflexo social. Suas proposições foram criadas considerando esta realidade social, com a qual permanece em imanente tensão e a qual deseja transformar.

Humboldt (apud HESSE, 1991, p. 16) entende que somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de

uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode desenvolver-se. Essa razão orienta e dirige a realidade disponível. Desse modo, as constituições não podem ser impostas aos homens como se enxertam rebentos em árvores.

Continuando sua reflexão, Humboldt (apud HESSE, 1991, p. 18) consigna que toda a Constituição deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Se não quiser condenar-se à esterilidade, a Constituição não deve ser mera construção abstrata e teórica, deve produzir o que já está assente naquele povo. A norma constitucional adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade.

Com efeito, conforme já trabalhado nesta reflexão, é evidente o vínculo existente entre o conteúdo da Constituição de 1988 e a realidade, à época de sua promulgação. As normas constitucionais traduziam os anseios da sociedade daquela época, as necessidades a serem buscadas. Não se tratou de um documento arbitrário, meramente idealista, sem qualquer relação com a cultura, com a política, com a realidade social daquele momento.

O discurso constitucional ainda não está superado. Pelo contrário. Há muitas normas ainda por efetivar. Muito embora parte da sociedade, embebida e favorecida pelo discurso individualista do desenvolvimento a qualquer custo permaneça indiferente, basta lançar os olhos ao entorno. As normas constitucionais traduzem as necessidades a serem perqueridas. Independente da referência que se parta, é indubitável a degeneração da vida em todas as suas expressões. A lógica mercantil guia os passos do país, a busca pela maximização das vantagens meramente monetárias justifica qualquer postura política, social, cultural, sob o disfarce de falácias de desenvolvimento econômico e social.

Partindo dessa premissa, não merece guarida qualquer argumento de que as normas constitucionais são irrealizáveis, posto que não dialogam com a realidade brasileira. O que ocorre contemporaneamente é a subordinação do jurídico, do político ao econômico, prevalência de interesses dominantes. A necessidade de concretização dos direitos constitucionais é inegável.

Thompson (1987) averba que a retórica e as regras de uma sociedade são muito mais do que meras imposturas. Simultaneamente, podem modificar em profundidade o comportamento dos poderosos e mistificar os destituídos do poder. Podem disfarçar as verdadeiras realidades do poder, mas, ao mesmo tempo, podem refrear esse poder e conter seus excessos:

Não sustento nenhum postulado quanto à imparcialidade abstrata e extra-histórica dessas regras. Num contexto de flagrantes desigualdades de classe, a igualdade da lei em alguma parte sempre será uma impostura. Transplantada, tal como era, para contextos ainda mais desigualitários, essa lei podia converter-se em instrumento do imperialismo. Mas, mesmo aí, as regras e a retórica eram uma máscara, foi uma máscara que Gandhi e Nehru tiveram que usar à frente de um milhão de adeptos mascarados. De forma alguma meus olhos brilham por causa disso. [...] Insisto apenas no ponto óbvio, negligenciado por alguns marxistas modernos, *de que existe uma diferença entre o poder arbitrário e o domínio da lei. Devemos impor as imposturas e injustiças que podem se ocultar sob essa lei. Mas o domínio da lei em si, a imposição de restrições efetivas ao poder e a defesa do cidadão frente às pretensões de total intromissão do poder parecem-me um bem humano incondicional.* (THOMPSON, 1987, p. 356, grifo nosso).

De fato, a Constituição pode ser utilizada como mais um elemento de apaziguamento das consciências sociais e coletivas inquietas, um meio de dominar e conter as movimentações sociais incomodadas com as situações de injustiça social recorrente. Uma promessa. Todavia, a partir do pensamento de Thompson (1987), entende-se que ela é sim, um “[...] bem humano incondicional”, capaz de instrumentalizar importantes transformações na realidade.

Embora resultante de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência é um documento jurídico (BARROSO, 2001, p. 60), composto por normas jurídicas. Não se trata apenas de aspirações e anseios políticos, são normas jurídicas, que devem ser traduzidas em prática. Siches (1980, p. 277) assevera que as normas “[...] *son instrumentos prácticos, elaborados e construídos por los hombres, para que mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos.*”

Para Barroso (2001, p. 60) trata-se de uma questão de lógica. Nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida.

Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o dever-ser tipificado na norma e o ser da realidade social. Se assim não fosse seria desnecessária a regra. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, equivocada e difundida, de que o direito deve se limitar a representar a realidade de fato. Seria a sua negação. Por outro lado, é certo que o direito compõe-se de elementos da realidade social. Legislação sem reflexo do sentimento social está condenada ao fracasso. O equilíbrio justo entre estes dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico socialmente eficaz.

Logo, evidencia-se que a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se intro-

duza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes (STRECK, 2007, p. 59).

Não foi despropositadamente que Hesse, ao proferir seu discurso em 1959, consignou que a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na sua adaptação inteligente a uma determinada realidade.

A Constituição não pode, por si realizar nada. Mas pode impor tarefas. A Carta transforma-se em força ativa se existir disposição em orientar as próprias condutas, segundo a ordem nela estabelecida, caso haja a Vontade de Constituição (HESSE, 1991, p. 19):

A Constituição transformar-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. [...] Se fizerem-se presentes na consciência geral, particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Hesse (1991, p. 20) desenvolve seu argumento de efetividade constitucional baseando-se na Vontade de Constituição, originada em três fundamentos, quais sejam: compreensão da necessidade e do valor de uma ordem jurídica inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, logo, precisa estar em constante processo de legitimação; consciência de que, ao contrário do que ocorre com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

Para que a Carta Constitucional não se consolide como uma promessa, faz-se necessário que as vontades humanas que compõem o país se conformem aos seus mandamentos. É necessário o desenvolvimento de uma consciência constitucional, de respeito à Constituição.

Ao negar a efetividade da Constituição por resistências, das mais variadas que sejam, desde os setores econômico e politicamente dominantes, aos atores sociais individualmente considerados, consolida-se a referência à Constituição como um mito, como instrumento de dominação ideológica, repleto de promessas que não são honradas (GRAU, 1985, p. 44).

As situações de degradação da vida em todas as suas expressões seriam evitadas caso os mandamentos constitucionais fossem observados de forma respon-

sável por cada indivíduo que compõe o Estado como servidor, ocupante de cargos em comissão ou cargos eletivos e também como membros da sociedade brasileira.

Não basta a positivação. O hiato entre ser e dever ser, dito muitas vezes como insuperável, encontra resposta bastante consistente no argumento de efetividade desenvolvido por Hesse. Essa vontade humana produz importantes conseqüências, posto que a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de interesses inelutáveis.

O capitalismo não é o único grande vilão da falta de efetividade dos direitos constitucionais, tampouco o neoliberalismo. Tais sistemas não se movem por si, não são entes abstratos. Os responsáveis pelas violações da dignidade humana são os grupos de interesses e os indivíduos que compõem esses sistemas. Indivíduos e grupos de interesses movem-se por atos de vontade.

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultado do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância se revela incômoda (HESSE, 1991, p. 22).

A Vontade de Constituição deve ser honestamente preservada, mesmo que para isso se tenha de renunciar a alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas. Consigna Burckhardt (apud HESSE, 1991, p. 22):

Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável a essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.

A conformação da vontade humana ao determinado constitucionalmente poderá implicar uma necessária prática de renúncia a interesses individuais ou coletivos. A lógica mercantil que guia a vida política, social, cultural brasileira não tem permitido tal prática. A falácia do desenvolvimento econômico e social justifica a prevalência dos interesses individuais ou coletivos – de grupos de interesses dominantes – sobre os direitos consagrados constitucionalmente.

O cinturão de pobreza que circunda os centros urbanos aumenta, a relativização do valor social do trabalho ganha espaço, as violações dos direitos humanos e fundamentais cresce quantitativamente e qualitativamente. Esse discurso chega a demonstrar-se até vazio de sentido, tamanha a sua repetição ao longo desses anos no Brasil.

E o sofrimento humano dos objetos destes discursos, é vazio de sentido? E o direito? Qual é seu papel? Apenas positivar? Não se trata de um discurso político, de comoção social, mas da necessidade de efetividade das normas jurídicas constitucionais que preveem esses direitos. O direito não está preso, tampouco se resume ao direito legislado e suas teorias consagradas, constitui-se, também, da prática social. Está-se a tratar, por conseguinte, de um problema jurídico. Consigna Zagrebelski (2002, p. 120, 121):

[...] la función de las ciencias practicas consiste en conducir el actuar y, por tanto, la voluntad que lo mueve al dominio de la razón; es decir, en determinar las condiciones de un uso de la voluntad conforme con la razón. Su presupuesto es que la reflexión racional tenga algo que decir sobre la orientación de la acción. Ésta es la que denomina <râzon pràctica>. [...] Por eso, puede decirse con fundamento que la ciência del derecho positivo en un ordenamiento jurídico <por principios> debe considerarse una ciência practica, porque del ser – iluminado por los principios – nace del deber ser. [...] El derecho como disciplina practica está necesariamente anclado a la realidad.

Deve-se pensar e trabalhar para a constituição de uma ordem normativa subordinada às exigências humanas de legitimidade e não a uma idealização tecnoformal sem limites.

A comunidade jurídica, em sua grande parte, é desvinculada de atitudes mais comprometidas com a vida cotidiana e com uma sociedade em constante transformação. A postura técnica e casuística fecha-se diante do dinamismo dos fatos e resiste a um direcionamento criativo, não conseguindo mais responder a novas e emergentes necessidades (WOLKMER, 2008, p. 131).

A Constituição precisa ser interpretada, compreendida e aplicada. Precisa traduzir-se em práticas, ser construída na vida cotidiana da sociedade brasileira.

Entender a Constituição como processo significa que a ordem constitucional não é uma ordem totalmente estabelecida, é criada por meio da relação entre Constituição material e os procedimentos de interpretação e concretização (STRECK, 2007, p. 52). A Constituição, para Sampaio (2002, p. 19), é uma simbiose que assume as formas jurídicas e se limita às suas contingências, ao seu tempo e ao seu povo:

A Constituição é uma obra inacabada e que tende a se rebelar contra seus criadores. A tarefa do jurista é pôr em marcha essa tendência dispersiva do texto, sem permitir que se esvaia o sentido de norma ou que se destrua a engenharia original dos fundadores. É tentar domar o mito e decodificá-lo juridicamente. E é nesse contexto que deve ser analisada a jurisdição constitucional.

O texto de Hesse não se limita a chamar os juristas. Sua proposta atinge o Poder Público e toda sociedade de um país. Para que o Estado como instituição concretize os mandamentos constitucionais é necessário que os membros que o compõem internalizem os conteúdos constitucionais, conscientizem-se e responsabilizem-se pela sua aplicação cotidiana. A partir dessa postura de compromisso e responsabilidade de cada membro do Estado como cidadão, imbuídos da Vontade de Constituição, pode-se esperar que se constituam políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais.

A criação de políticas públicas efetivas não será suficiente para transformar a realidade brasileira. A responsabilidade pela efetivação constitucional não é apenas do aparato estatal. É da sociedade brasileira. Cada componente da sociedade pode adotar uma conduta de respeito e conformação às determinações constitucionais. A transformação da sociedade que tanto se preconiza ocorrerá a partir de uma mudança ocorrida em seu interior. Do contrário, se permanecerá amarrado a este problema, objeto de tantas construções teóricas e que na *práxis* está dizimando milhares de vidas, cotidianamente. Trata-se de um tema de pertinência vital, do qual o direito deve se ocupar.

Faz-se necessária a construção de instâncias e mecanismos de conscientização e mobilização da sociedade para o respeito e efetividade das normas constitucionais, espaços estes eminentemente democráticos e plurais. Não se trata de uma impossibilidade irreversível, mas de um desafio a ser lançado e perquerido.

Necessita-se de esforço e exercício reflexivos, ao efeito de operacionalizar nova mentalidade, capaz de questionar o que está ordenado e oficialmente consagrado no conhecimento, no discurso e no comportamento da formação social brasileira, para possibilitar a concepção de formas diferenciadas e verdadeiramente emancipatórias de práticas jurídicas, sociais, políticas e culturais.

As promessas da modernidade contidas no texto da Constituição não podem ficar à mercê de vontades políticas *ad hoc* dos poderes Legislativo e Executivo. Veja-se, para tanto, o que se passou – e principalmente o que não se passou – nesses 15 anos de Constituição (compromissória e dirigente). Ao se negarem a concretizar os direitos constitucionais, tais poderes solapam o papel dirigente e compromissório da Constituição (STRECK, 2007, p. 53). Disso a necessidade da sociedade tomar em mãos o projeto constitucional, procurando construir práticas cotidianas pautadas nos mandamentos constitucionais, criando entrelaçamento vital entre sociedade e Estado.

Reputa-se ingenuidade depositar todas as expectativas na atuação do Estado, na criação de políticas públicas ou na edição de normas regulamentadoras das disposições constitucionais. Tal atuação é necessária, registre-se. Porém, é prudente aprofundar esta análise. É necessário que cada membro da sociedade brasileira deixe de isentar-se da responsabilidade que possui como construtor da realidade. Assim, mais do que pensar em regulação ou atuação estatal, talvez fosse adequado pensar na via da emancipação, compreendendo que todos são responsáveis por essa realidade e devem ser copartícipes em seu enfrentamento (LEAL, 2008, p. 14).

É necessária a prevalência de uma Vontade de Constituição no Brasil, bem como o desenvolvimento de um constitucionalismo normativo, sob pena de negação do Direito Constitucional como ciência jurídica. O Direito Constitucional deixaria de estar a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função, indigna de qualquer ciência, de justificar as relações de poder dominantes (HESSE, 1991, p. 11).

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou enveredar em uma rápida reflexão acerca das pertinências das teorias de Lassale e Hesse com a realidade constitucional brasileira contemporânea. Traçou-se um caminho favorável ao pensamento de Hesse, uma vez que o referencial teórico que apresenta – a Vontade de Constituição – apresenta condições efetivas para a concretização das normas constitucionais.

Refletir sobre o papel da Constituição Federal na sociedade de hoje é necessário. Estabelecer novas conexões, criar novas condições de possibilidades para a construção de um constitucionalismo normativo e emancipador é extremamente necessário. Do contrário, o que se fará com a Carta de 1988? E com as consequências das violações dos direitos constitucionais essenciais à vida?

O direito se ab-roga do poder de regular uma sociedade com a qual não estabelece conexões dialógicas. Isola-se em seu castelo de construções teóricas, de primor científico (ou nem isso) e não mergulha na realidade que pretende normatizar.

Hesse (1991) propõe o estabelecimento de um diálogo e tensão permanentes entre normas constitucionais e realidade, mediante aplicação da Vontade de

Constituição, referencial teórico aparentemente simples, mas que exige da comunidade jurídica, da sociedade brasileira e do Estado uma reflexão profunda, talvez incômoda, a qual poderá exigir posturas exigentes, de conformação às normas constitucionais, condutas estas que, quem sabe, podem constituir-se em sementes germinais do início de uma transformação social profunda.

Tal como noutros períodos de transição, difíceis de entender e de percorrer, é necessário voltar às coisas simples, à capacidade de formular perguntas simples, perguntas que, como Einstein costumava dizer, apenas uma criança pode fazer mas que, depois de feitas, são capazes de trazer nova luz à perplexidade do indivíduo (SANTOS, 2002, p. 59).

The challenge of fundamental rights' effectiveness: an analysis of the brazilian 1988 constitution from the constitutional's theories from Ferdinand Lassale e Konrad Hesse

Abstract

This article aims to analyze and reflect about the contemporary Brazilian constitutional reality. This will be done using two main theories formulated by Ferdinand Lassale and Konrad Hesse. After 20 years of the promulgation of the Brazil 1988's Constitution, it was verified that its contents did not reach a good degree of effectiveness. From this premise, it will be done connections between the thought of Ferdinand Lassale and the Brazilian constitutional reality. In a second moment, it will be analyzed the possibility of constitutional effectiveness presented by Konrad Hesse in "A Vontade de Constituição" which allows that the memberships of the Brazilian social and political organization become responsible for the constitutional effectiveness.

Keywords: Constitutional Law. 1988 Brazil's Constitution. Constitutional effectiveness.

Nota explicativa

¹ Oportuno pontuar que se parte da premissa de que no Brasil não houve um Estado plenamente liberal, tampouco social. Vivenciou-se um pseudoliberalismo, adaptado a uma política paternalista, de clientelismo, emergida em uma sociedade conservadora. O Estado Social permaneceu preso a projetos e discursos.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E SOCIEDADE. Mestrado em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina. Florianópolis: OAB/SC, 2006. v. 1.
- DWORKIM, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FLORES, Joaquín Herrera (Org.). **El Vuelo de Anteo**: derechos e crítica de la razón liberal. Bilbao: Editorial Descleé de Brouwer S.A., 2000.
- GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas Mestras da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRAU, Eros Roberto (Org.). **A Constituinte e a Constituição que teremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política**. São Paulo: Global Editora, 1987.

LEAL, Rosane. As Novas Tecnologias da Informação e Comunicação e a violência contra crianças e adolescentes: possibilidade de ação articulada entre a sociedade civil e o Estado brasileiro. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DIREITOS HUMANOS, VIOLÊNCIA E POBREZA: A SITUAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA AMÉRICA LATINA HOJE, 2., 2008, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2003.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la interpretación del derecho**. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

THOMPSON, Edward Palmer. **Senhores e Caçadores**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

Recebido em 15 de março de 2009

Aceito em 14 de abril de 2009

