



Prisma Jurídico
ISSN: 1677-4760
prismajuridico@uninove.br
Universidade Nove de Julho
Brasil

Bavaresco, Agemir; Sarlet, Ingo W.; Marques Velasco, Shirlene
Efetividade hegeliana na Constituição: uma contribuição do pensamento dialético para a dogmática
jurídica constitucional
Prisma Jurídico, vol. 11, núm. 1, enero-junio, 2012, pp. 53-77
Universidade Nove de Julho
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93426128006>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Efetividade hegeliana na Constituição: uma contribuição do pensamento dialético para a dogmática jurídica constitucional

*Hegelian effectiveness in the Constitution:
a contribution of dialectical thinking to the juridical
and constitutional dogmatics*

Agemir Bavaresco

Doutor em Filosofia pela Universidade de Paris; Professor do PPG/Fil/PUCRS – Brasil.
www.abavaresco.com.br
abavaresco@puers.br

Ingo W. Sarlet

Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha.
Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura (AJURIS) e na PUC/RS, Brasil.

Shirlene Marques Velasco

Mestre em Filosofia pela PUCRS, Brasil
shirlene.velasco@hotmail.com

Resumo: Este artigo apresenta a efetividade hegeliana no Estado Constitucional contemporâneo. O movimento efetivo é analisado na Constituição entendida como contradição formal, contradição real e contradição absoluta. O objetivo é mostrar a suprassunção do dualismo (formal/material), que torna possível a efetivação da Constituição. Para isso, a contradição é analisada nos três momentos da efetividade lógica e constitucional. Este movimento dialético, que tende para a efetivação na Constituição, é condição de possibilidade para a sua força normativa. Esta proposta para a análise da Constituição é apresentada como forma de suprassunção da matriz dualista, hegemônica no Direito.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Efetividade hegeliana. Fundamentalidade dos direitos. Mediação constitucional.

Abstract: This paper presents the effectiveness Hegelian in Contemporary Constitutional State. The effective movement is analyzed in the Constitution understood as formal contradiction, real contradiction and absolute contradiction. The aim is to show the supersession of dualism (formal / material), which makes possible the realization of the Constitution. For this, the contradiction is analyzed in three moments of effectiveness and constitutional logic. This dialectical movement, which tends to the realization in the Constitution, is the condition of possibility for its normative force. The proposal for the analysis of the Constitution is presented as a way of supersession matrix dualistic hegemonic in law.

Key words: Constitutionalism. Constitutional mediation. Fundamentality of the rights. Hegelian effectiveness.

1 Introdução

A proposta de análise da Constituição, sob o prisma da efetividade hegeliana, detém-se no que se refere à *expansão das tarefas das Constituições contemporâneas*, em que se pode tratar de uma supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição. Devido a esta supremacia adquirida pela Constituição, nota-se uma mudança paradigmática no Direito em que o Direito Constitucional assume centralidade hermenêutico-processual. Essas mudanças envolvem um movimento dialético, pois não se trata de uma supremacia dualista, mas de uma supremacia que possui um movimento dialético de relação que se efetiva entre as dimensões da Constituição jurídica e da Constituição sociopolítica, que é condição de possibilidade para que a Constituição tenha força normativa. A proposta de leitura destas transformações, que são vistas em constante processo de elevação, isto é, estas transformações tendem a suprassunção, oferece a oportunidade de se visualizar, sob lente de matriz dialética, o que, até então, se restringiu à matriz dualista. Diante destas transformações do Direito

Constitucional, apenas ater-se à lente/prisma de matriz dualista significa ter um déficit Jusfilosófico, isto é, um déficit na análise filosófica que tem por objeto o Direito Constitucional, já que ainda permanece hegemônica a leitura kantiana nesta seara. Sendo, portanto, este um desafio para a leitura dialético-especulativa e, conseqüentemente, uma rica contribuição do pensamento dialético para a dogmática jurídica constitucional.

No passado, as constituições limitavam-se a tratar, geralmente de forma sintética, a estrutura básica do Estado e a consagração de direitos individuais e políticos. Já no constitucionalismo contemporâneo, que se edificou a partir do advento do Estado Social, e que tem como marcos iniciais as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, as leis fundamentais passaram a imiscuir-se em novas áreas, não só instituindo direitos de caráter prestacional, que reclamam atuações positivas dos poderes públicos e não mais meras abstenções, como também disciplinando assuntos sobre os quais elas, antes, silenciavam, tais como ordem econômica, relações familiares, culturais, etc. Neste contexto, as Constituições deixaram de ser vistas apenas como as leis básicas do Estado, circunscritas às temáticas do direito público, convertendo-se no estatuto fundamental do Estado e da sociedade.

Vislumbra-se, portanto, neste patamar de vertente contemporânea, notória evolução tanto em nível conceitual como em relação às diversas mudanças de paradigmas, no que concerne às relações sociais e ao papel assumido pelas Constituições. Estes são apenas alguns aspectos destas transformações, este artigo, porém, ao tratar da efetividade hegeliana na Constituição destacará o reconhecimento dado à força normativa da Constituição e apresentará a expansão da Jurisdição Constitucional como forma de implementação dos direitos fundamentais, enfatizando o movimento da contradição que leva à efetividade.

Para tratar do movimento efetivo na Constituição, considerando a importância fundamental da contradição na dialeticidade da efetividade, esta será analisada como (1) contradição formal, (2) contradição real e (3) contradição absoluta. Assim sendo, primeiro, busca-se desenvolver a pos-

sibilidade formal imediata na Constituição, em que a efetividade formal contém, imediatamente, a possibilidade. Depois, no momento¹ da efetividade real, é possível observar as implicações metodológicas dos direitos fundamentais na mediação que ocorre na Constituição. Por último, com a contradição absoluta na necessidade absoluta, é plausível tratar da efetividade absoluta na Constituição.

A efetividade absoluta (hegeliana) na Constituição é o momento em que todas as condições estão reunidas e a Constituição efetiva-se por meio das ações constitucionais, em que a constitucionalização do direito ocorre por via da Jurisdição constitucional e abrange a aplicação direta da Constituição para determinadas questões, evidenciando, assim, sua *força normativa*.

2 Efetividade Hegeliana na Constituição

Hegel trata da efetividade na 3ª seção da *Doutrina da essência* na *Ciência da Lógica*. A efetividade é a unidade da essência e da existência; nela, a essência sem configuração e a aparência inconsistente, ou seja, o subsistir sem determinação e a multiplicidade instável, têm sua verdade. (HEGEL, 1974) Isto significa que, na efetividade, tem-se, para os aspectos da essência e da aparência, uma relação de unidade, em que a essência não é destituída da forma, mas tem uma configuração e um desdobramento objetivo; suas propriedades têm mobilidade. Se por um lado, a aparência tem consistência interna e determinação essencial, por outro, desaparece a concepção de que a aparência é a dispersa multiplicidade aparente e sem conteúdo.

Nesta relação, existe uma dialética no duplo movimento da essência na aparência e da aparência na essência. É o suprassumir-se de uma na outra que tem, na efetividade, sua totalização; isto é, cada uma desenvolve, em seu interior, a identidade negativa, que culmina na superação da essência na exterioridade da aparência com o retorno da exterioridade para a interioridade, quando esta transpõe o momento de efetividade das determina-

ções externas. A efetividade mostra-se, assim, em um movimento circular contínuo de passagem da interioridade na exterioridade e da exterioridade na interioridade. Por se tratar de uma dialética da mútua integração e superação, o aspecto negativo contraditório deve ser evidenciado, por ser o elemento fulcral do movimento dialético.

Pode-se verificar que a efetividade dispõe-se em três momentos: no primeiro, refere-se à efetividade, entendida como unidade do possível e do efetivo imediato, a identidade formal; a seguir, ela apresenta-se como exterioridade concreta, a diferença real; e, por último, como o círculo da possibilidade e da efetividade, o fundamento ou a unidade absoluta. (BAVARESCO, 2011) Contudo, destaca-se o fato de que a contradição tem importância fundamental na dialeticidade da efetividade. Assim, para tratar do movimento efetivo na Constituição, torna-se necessário analisar a efetividade como (1) contradição formal; (2) contradição real e (3) contradição absoluta. (BAVARESCO, 2011)

Portanto, abordar a efetividade hegeliana na Constituição significa tratar do momento gerador do movimento dialético, que é a contradição na efetividade contida na própria Constituição. Vê-se, então, a efetividade hegeliana como sendo imanente à Constituição de um Estado (social) e democrático de direito. Assim, os direitos fundamentais, “[...] como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos” (SARLET, 2010, p.61), apresentam-se como núcleo substancial (parte orgânica e organizatória) das Constituições, tendo, desse modo, implicações metodológicas em cada movimento da contradição analisado nos momentos da determinação da efetividade na Constituição. No entanto, sob outro aspecto que deve ser mencionado, os direitos fundamentais também assumem um significado a ser desenvolvido, a saber, a partir da delimitação de algumas de suas características próprias nas Constituições e, aqui, refere-se especificamente ao âmbito do Direito. Neste sentido, porém, entende-se que os direitos fundamentais possuem efetividade judicial, isto é, possuem eficácia social e que a Jurisdição constitucional desempenha a

função de conferir maior proteção aos direitos fundamentais, sendo fundamental para a integração entre o ideal constitucional e a Constituição concretizada. “A jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”. (STRECK, 2002, p.27)

Assim sendo, ao tratar-se da efetividade hegeliana na Constituição, pretende-se abordar a Jurisdição constitucional como forma de implementação dos direitos fundamentais e destacar o movimento da contradição que leva a sua efetividade. Inicia-se, pois, com a análise da efetividade concebida como contradição formal.

3 A possibilidade formal imediata na Constituição

A efetividade analisada como contradição formal corresponde ao primeiro momento da efetividade, entendida como unidade do possível e do efetivo imediato e sua determinação é a contingência. A efetividade é formal, porque existe só nesta determinação da forma, mas não como totalidade da forma. Assim, não é mais que um ser ou uma existência em geral. No entanto, desde que não é essencialmente pura existência imediata, senão que existe como unidade da forma do ser-em-si, ou seja, da interioridade e da exterioridade, contendo, assim, de modo imediato, o ser em si ou a possibilidade. “O que é efetivo é possível[...]”.(HEGEL, 1974, p. 244). Neste caso, esta possibilidade é a efetividade refletida em si. Todavia, este primeiro ser refletido é também o formal, porque isso é, em geral, só a determinação da identidade consigo mesma, o do ser-em-si em geral.

Mas, pelo fato de que a determinação é, aqui, totalidade da forma, este ser-em-si acha-se determinado como algo superado ou como relacionado essencialmente só com a efetividade, como o negativo desta, posto como negativo. A possibilidade, por conseguinte, contém os dois momentos: primeiro, o momento positivo, que consiste em um ser refletido em si mesmo. No entanto, ao estar reduzido, no momento, à forma absoluta, este ser

refletido em si não vale mais como essência, tendo, em segundo lugar, o significado negativo, isto é, que a possibilidade é incompleta, que aponta para um outro, isto é, para a efetividade e completa-se nesta. (ID IBID)

A possibilidade é a pura determinação da forma da identidade consigo mesma, ou seja, a forma da essencialidade. Dessa maneira, é um receptáculo carente de relação, indeterminado, que pode conter o todo em geral. No sentido desta possibilidade formal, é possível tudo o que não se contradiz; o reino da possibilidade, pois, consiste na ilimitada multiplicidade. No entanto, cada termo variado está determinado em si, diferencia-se do outro e tem em si a negação. Essa variedade dos termos forma uma diversidade indiferente que passa à oposição e desta à contradição.(ID IBID)

O momento negativo da possibilidade, por sua vez, designa que a não-contradição é insuficiente para definir o efetivo, pois o possível é mais do que a proposição da identidade; ele é a contradição que se dá nele mesmo. O possível é o ser refletido em si, que tem o dever-ser da totalidade da forma. A possibilidade como forma absoluta tem um conteúdo que é possível e também um outro conteúdo que é o seu contrário.(HEGEL, 1974)

A contingência é a relação unificante e contraditória do possível e do efetivo, sendo, pois a unidade da possibilidade e da efetividade. A absoluta inquietude do devir destas duas determinações é a contingência. No entanto, porque cada uma transforma-se, de imediato, em seu oposto e volta a coincidir de maneira absoluta consigo mesma, esta identidade das duas determinações, uma na outra, constitui a necessidade.(ID IBID)

Neste primeiro momento, em que a verdade da efetividade segue a determinação da possibilidade formal imediata na Constituição, a forma da Constituição, em sua imediatidade formal, deve passar pela contradição, a fim de que todo tipo de desvio que conduz a um dualismo, que caracteriza a fragmentação das dimensões (formal-material) da Constituição, seja superado e, desse modo, torne-se efetividade.

Neste sentido, destaca-se que os direitos fundamentais integram, junto à “[...]definição da forma de Estado, do sistema de governo e da

organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, assim, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material”.(SARLET, 2010, p. 58) Com este destaque, percebe-se que o possível da efetividade na Constituição é mais do que a proposição da identidade; ele é a contradição que se encontra nele mesmo, tendo, assim, os direitos fundamentais implicações metodológicas neste momento em que se define que apenas a proposição da identidade é insuficiente para a efetividade na Constituição. Eles aparecem como que ressaltando o “momento negativo da possibilidade” na Constituição.

3.1 A efetividade formal contém imediatamente a possibilidade

Na efetividade formal, que contém imediatamente a possibilidade, observa-se que essa possibilidade contém dois momentos: o positivo e o negativo, conforme visto anteriormente. Assim, primeiramente, com a possibilidade formal no princípio da identidade, que é o positivo, tem-se o momento em que a possibilidade formal da Constituição é idêntica a si e diversa ao outro; ela é vista em si mesma, desprovida de relação e indeterminada. No princípio da identidade, a possibilidade formal afirma ser possível somente o que não se contradiz; isto em relação à Constituição seria afirmar que Constituição é Constituição, A é A. Mas se constata que cada termo variado que é idêntico a si e diverso em relação ao outro tem a negação nele. Nesta perspectiva, essa variedade dos termos forma uma diversidade indiferente que passa na oposição e desta à contradição (HEGEL, 1974).

Contudo, o momento negativo da possibilidade designa que a não-contradição é insuficiente para definir o efetivo, pois o possível é mais do que a proposição da identidade; ele é a contradição que se efetiva nele mesmo, conforme já mencionado. Assim posto, “[...]estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito

e direitos fundamentais”(SARLET, 2010, p.59), em que “[...]o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente”(ID IBID). Neste sentido, também, os direitos fundamentais são contemplados na perspectiva da Jurisdição constitucional, pois a esta compete resguardar a concretização destes direitos.

Assim, as determinações da Constituição são postas em relação (como suprassumidas): “[...]elas são postas em relação e, por consequência, se tornam expressivas do real em sua racionalidade efetiva”.(BAVARESCO, 2011, p. 98-99) Contudo, a efetividade formal é imediata e não-refletida; ela não tem ainda a unidade do interior e do exterior. Esta unidade dá-se na efetividade real, como veremos a seguir.

4 Implicações metodológicas dos direitos fundamentais na mediação que ocorre na Constituição

A efetividade real é, de início, a coisa com propriedades múltiplas, o mundo existente; portanto, ela não é a existência que se dissolve no fenômeno, mas, como efetividade, ela é, ao mesmo tempo, ser-em-si e reflexão-em-si. A efetividade é, dessa forma, a unidade de um conteúdo e de uma forma, de determinações modeladas pela reflexão e pela ação. O que é efetivo pode agir; a sua efetividade faz conhecer algo pelo que ele produz. (HEGEL, 1974).

A possibilidade real de uma coisa encontra-se nas determinações múltiplas –circunstâncias, condições –, nas quais se constitui sua unidade. Esta possibilidade é o ser em si ou a reflexão do efetivo nele mesmo cheio de conteúdo, isto é, não se trata da identidade abstrata, mas a reflexão sob a forma de determinações exteriores. A possibilidade real de uma Coisa é, a princípio, o conjunto de suas condições, uma existência imediata, enquanto ela é uma realidade dispersa, sem unidade, como uma efetividade formal.

Depois, a possibilidade real totaliza a forma nela e dota-se de um conteúdo a respeito da efetividade, e ela é o ser em si efetivo de uma outra efetividade. Assim determinada, ela reflete-se em si a partir dessa alteridade (BAVARESCO, 2011).

Quando as condições de uma coisa acham-se completamente presentes, eis que ela entra na realidade. A existência completa de todas as condições é a totalidade respectiva ao conteúdo, e a coisa mesma é este conteúdo que está determinado tanto para ser algo real, quanto para ser algo possível. Na esfera do fundamento condicionado, as condições têm a forma, isto é, o fundamento ou a reflexão que existe por si, fora delas, e a forma refere-se aos momentos da coisa, e produz a existência nelas. Aqui, ao contrário, a realidade imediata não está determinada para ser condição por uma reflexão que pressupõe, mas se acha estabelecido que ela mesma seja possibilidade (HEGEL, 1974).

Assim, a possibilidade real é determinada como condição nela, em razão de sua natureza imediata contraditória e não por meio da reflexão que pressupõe, como era o caso na emergência da existência a partir do fundamento. É nelas que as condições refletem-se em si, como possibilidade concreta e real. Não se tem mais um interior que pressupõe para existir um exterior, mas um exterior que se pressupõe ele mesmo em nível de sua razão de ser, em nível de seu fundamento concreto e efetivo. Não há, nas coisas, um além explicativo das coisas; a profundidade é a superfície tomada na verdade, isto é, como realidade que veio a ser (ID IBID).

A contradição, neste momento, chegou a sua forma estruturada, pois a possibilidade é a efetividade dela mesma, e a efetividade é a possibilidade retornada à unidade determinada; ou seja, possibilidade e efetividade são uma só realidade e esta realidade é da ordem do necessário: a “necessidade real”.

Para Hegel, a necessidade não é uma propriedade ontológica, mas o modo de organização das relações que concernem ao efe-

tivo e ao possível. A passagem da possibilidade real para a necessidade real não tem nenhum sentido de se tornar um gerador de uma nova determinação. Essa passagem é apenas, na realidade, a explicação, no desenvolvimento da contradição interna à possibilidade real, da identidade de conteúdo que ela pressupõe. (BIARD et al apud BAVARESCO, 2011, p. 101)

Inicialmente, a identidade formal era a possibilidade e a efetividade posta na contradição formal a partir da imediatidade; depois, a efetividade e a possibilidade refletem-se pelo jogo da diferença e da negatividade em cada uma delas e retornam a si por meio do outro, e essa identidade como alteridade é a necessidade real. O último passo é a necessidade absoluta que consistirá em reduzir essa exterioridade restante de cada uma das reflexões em relação ao outro.

No que concerne às implicações metodológicas dos direitos fundamentais em relação à efetividade na Constituição, neste momento, refere-se à mediação. A Constituição, de início, tem necessidade de se refletir e de se mediatizar, a fim de fazer emergir, dela mesma, o elemento substancial ou essencial que permanece implícito na sua primeira imediatidade. Por isso, a posição de independência é uma primeira condição formal para que o conjunto das condições imediatas, dispersas na Constituição, reflita-se em si a partir do outro, isto é, da efetividade como totalidade da forma e do conteúdo. Esta efetividade, considerada como o outro da Constituição, é o elemento objetivo que oferece a possibilidade da mediação à Constituição imediata. A Constituição, como possibilidade de se efetuar, contém, nela, um conteúdo diverso que se opõe e, portanto, leva à contradição. A partir desta, a Constituição é uma possibilidade geradora de efetividade, pois, desde o processo da mediação da contradição e quando todas as condições racionais estão presentes, pode-se produzir algo que seja grande na efetividade e na ciência, ou seja, a atividade estruturante e produtiva da contradição faz com que a possibilidade da Constituição efetue-se tanto no campo

jurídico quanto no político numa ação histórica essencial; isto, por exemplo, no que se refere ao domínio da ciência, assume a composição das verdades científicas (BAVARESCO, 2011).

Portanto, se a primeira condição formal é de independência em relação à Constituição, a segunda condição é concreta, isto é, que a entrada da Constituição na ação da contradição real estrutura a possibilidade na ordem da necessidade real; ou seja, num modo de organização das relações entre a possibilidade que se efetua politicamente e, depois, essa efetividade histórica imediata torna-se uma possibilidade nova para a hermenêutica jurídica da Constituição que, por sua vez, encontra os seus limites na própria Constituição. Desse modo, o verdadeiro e o falso misturam-se na diversidade imediata e, ao mesmo tempo, opõem-se e contradizem-se na Constituição formal-material. A oposição, aqui, mostra-se entre o imediato formal e o material que estão em relação, sendo este movimento considerado verdadeiro; o falso seria o movimento metodológico isolado. Aquele movimento pode ser visto, também, na mediação do social, do político e do científico, que se dá por meio dos direitos fundamentais na Constituição, uma vez que se encontra a possibilidade efetiva implícita na imediatidade que contém em si mesma a Constituição.

Este processo de mediação que ocorre na Constituição (formal-material), em que as implicações metodológicas dos direitos fundamentais se fazem presentes, pode ser desenvolvido a partir da consideração feita quanto à fundamentalização, que Robert Alexy define como sendo a preservação da proteção de certos direitos num sentido formal e num sentido material (ALEXY, 1997). A fundamentalidade, tal como apresentada por Alexy, propicia a visualização das implicações metodológicas dos direitos fundamentais na mediação. Dessa maneira, é interessante tratar do tema da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, segundo a concepção de Alexy, porém, de forma sucinta, pois se objetiva, aqui, apenas contemplar as implicações metodológicas deles na mediação que se dá na Constituição formal-material.

4.1 Algumas notas sobre a caracterização de fundamentalidade em Alexy

Num sentido formal, a fundamentalidade apresenta os seguintes aspectos: a) as normas definidoras dos direitos fundamentais são consideradas normas fundamentais, que se situam no ápice do ordenamento jurídico; b) sujeitam-se, portanto, ao procedimento especial de reforma; c) manifestam-se, em regra, como limites materiais do poder de reforma; d) e, finalmente, vinculam imediatamente os poderes públicos. Num sentido material, a fundamentalidade dá ênfase ao conteúdo dos direitos. Porém, esta concepção teórica da fundamentalidade dos direitos de Robert Alexy, foi adaptada para o direito constitucional português, por José Joaquim Gomes Canotilho, e para o direito constitucional brasileiro, por Ingo Wolfgang Sarlet, neste aspecto sofreu certo aprofundamento em relação às peculiaridades correspondentes aos direitos dos respectivos países. Contudo, não é de interesse, aqui, adentrar nestas questões, como já enfocado anteriormente. O que importa, neste ponto, é destacar que a ideia de fundamentalidade decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos também da Constituição material. Só a fundamentalidade material pode fornecer suporte para a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não positivados, Direitos materiais, mas não formalmente fundamentais, conforme os art. 5º, § 2º, da CF – (Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) e art. 16, nº 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP) – (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional).

Neste aspecto, observa-se que os direitos fundamentais são considerados possuidores de fundamentalidade material, “[...]isto é, da circuns-

tância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.”(SARLET, 2010, p.75). A fundamentalidade material revela o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, a matéria propriamente dita dos direitos fundamentais, sendo estes, portanto, elementos constitutivos da Constituição material, pois os direitos fundamentais contêm decisões relevantes sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (IB IBID). Vê-se, assim, que, com a abertura material a outros direitos fundamentais não previstos expressamente no texto constitucional, tem-se o reconhecimento da fundamentalidade material por meio da Constituição formal. Neste reconhecimento, ocorre uma mediação entre Constituição formal e Constituição material e os direitos fundamentais, dessa forma, possuem implicações metodológicas no processo da mediação que se dá na Constituição (formal-material).

Neste sentido, cabe ressaltar que, aqui, Constituição formal-material, como vem sendo citada, refere-se à concepção de uma teoria constitucional que busca implementar a “força normativa da constituição”, tendo em vista sua efetivação. É nesta perspectiva que se pode ater-se às implicações metodológicas dos direitos fundamentais no processo de mediação que acontece na Constituição formal-material. Assim posto, foi possível ver que os direitos materialmente fundamentais, sendo elementos constitutivos da Constituição material, têm implicações na mediação que ocorre entre ela e a Constituição formal, com a abertura material. Mas também é possível contemplar as implicações que os direitos formalmente fundamentais, que integram a Constituição formal, exercem na mediação que ocorre entre ambas.

Os direitos formalmente fundamentais têm força jurídica, prevalência e prioridade em face dos poderes constituídos, com destaque, no Brasil, à aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais e o fato de serem limites materiais ao poder de reforma constitucional. Além dessas consequências, ainda por vincularem imediatamente os poderes públicos,

os direitos formalmente fundamentais têm implicância metodológica na mediação que ocorre na Constituição formal-material com a limitação dos poderes públicos por meio da força jurídica, prevalência e prioridade dos direitos formalmente fundamentais. Dessa forma, ressalta-se a atuação da jurisdição constitucional, que é absolutamente necessária para a concretização dos direitos previstos na Constituição.

No Brasil, depois de 1988, o reconhecimento desta centralidade assumida pelos direitos fundamentais, na Constituição, é denominado por muitos, de “viragem paradigmática” dos direitos fundamentais (SAMPAIO, 2003, p.391). Os direitos fundamentais são dotados de eficácia imediata, “[...]o que significa dizer que eles podem ser, desde logo, invocados pelos particulares perante o poder Judiciário”.(ID IBID) Assim, “[...]os direitos fundamentais não são instrumentos do Estado; este, sim, é instrumento dos direitos fundamentais”(ID IBID, p.392), tendo como consequência a urgência dos Tribunais constitucionais. No Brasil, trata-se do fortalecimento do Poder Judiciário; a Constituinte de 1988 concedeu plena credibilidade ao Judiciário. Com “[...]novas técnicas que permitem ao Judiciário fulminar os atos normativos ou não normativos do Poder Público que estejam em descompasso com os direitos fundamentais”(SAMPAIO, 2003, p. 392), tem-se, assim, a expansão do controle jurisdicional no que tange à proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, mesmo que apenas com a apresentação de algumas nuances do momento teórico que o constitucionalismo contemporâneo atravessa, vê-se que é possível observar tal momento pela lógica hegeliana, em que o movimento da mediação acontece na Constituição formal-material. Os direitos fundamentais possuem implicações metodológicas nesta mediação, sendo que se encontram ainda na perspectiva da jurisdição constitucional neste processo da contradição real.

O próximo momento do movimento efetivo na Constituição formal-material é aquele em que a efetividade é analisada como contradição absoluta.

5 A contradição absoluta na necessidade absoluta

A necessidade real é a necessidade determinada; a necessidade formal não tem, todavia, nenhum conteúdo, nem determinação nela. Mas, a determinação da necessidade consiste que ela tem, em si, sua negação, isto é, a contingência. Assim, ela apresenta-se como uma contradição (HEGEL, 1974).

A forma, em sua realização, permeia as suas diferenças. Como absoluta necessidade não é mais que esta simples identidade do ser em sua negação, ou seja, na essência, consigo mesma. A diferença mesma do conteúdo e da forma tem desaparecido igualmente; de fato, aquela unidade da possibilidade na efetividade e vice-versa é a forma indiferente frente a si mesma em sua determinação ou ser-posto; é o completo conteúdo da coisa transferido para o exterior da forma da necessidade. Assim, ela é esta identidade refletida de ambas as determinações; indiferente a elas é a determinação formal do ser-posto e esta possibilidade constitui a limitação do conteúdo, que tinha a necessidade real. A resolução desta diferença, no entanto, é a necessidade absoluta, cujo conteúdo é esta diferença que está em si mesma (ID IBID).

Nos momentos da contradição, a possibilidade e a efetividade são, de início, efetividades que contêm, cada uma nela mesma, a unidade absoluta desses mesmos momentos. Em segundo lugar, cada um desses momentos é totalidade independente do outro e, portanto, cada um converte-se absolutamente em seu outro. Assim compreendidos, eles atingiram a mais extrema exterioridade e independência recíproca. Cada uma das efetividades tem, nela mesma, suprassumida a sua relação com o outro e encontra, nela mesma, a razão de seu ser. A necessidade, assim constituída, suprassume todo o aparecer das determinações umas nas outras, que caracterizaria a contingência e a necessidade relativa. Tem-se, aqui, a imediatidade absoluta na unidade com sua mediação, ou seja, a imediatidade que unifica, nela, o passar

do ser e o aparecer da essência. A dualidade do ser e da essência é plenamente suprassumida e realiza-se em proveito da imediatidade do ser, pois o ser ressurgiu completamente do interior do movimento contraditório da essência.

Então, a unidade contraditória de cada uma das efetividades (efetividade imediata e autônoma) suprassume-se e a efetividade absoluta ou a unidade da imediatidade e da mediação pode ser vista. Isto, na essência, como foi analisado, é o refletir das categorias compreendidas como negação em que o ser efetiva-se.

Contudo, o momento da contradição absoluta na necessidade absoluta, que está em análise, no que se refere à Constituição formal-material, trata-se de quando todas as condições desta são dadas e, assim, ela torna-se efetividade. Conforme já referido, as condições para a Constituição mediatizar-se e, assim, efetuar-se são, de início, com a Constituição em sua imediatidade formal, em que as dimensões formal e material não possuem mediação; depois, a mediação, na Constituição formal-material, tem as implicações metodológicas dos direitos fundamentais na perspectiva da jurisdição constitucional; e, enfim, a Constituição efetiva-se com as ações constitucionais, como se verá a seguir.

5.1 A efetividade absoluta na Constituição

Quando todas as condições estão reunidas, a Constituição efetua-se por meio das ações constitucionais, em que a constitucionalização, isto é, a “[...] difusão da Lei maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões” (BARROSO, 2010, p.383), o que, contudo, tem implicações no que se refere à efetividade ou à eficácia social das normas constitucionais. Segundo Luís Roberto Barroso,

Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua ação social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. (p. 221)

No que tange à efetividade absoluta na Constituição, tem-se desenvolvimento paralelo ao momento em que “[...]a dualidade do ser e da essência é plenamente suprassumida e se realiza em proveito da imediatidade do ser, pois o ser ressurgiu completamente do interior do movimento contraditório da essência”. (BAVARESCO, 2011, p. 103). Este ressurgir do ser, na Constituição, contém a possibilidade de integralidade da relação entre o *dever-ser* normativo² e o *ser* da realidade social, isto é, contém as verdadeiras tendências da efetividade absoluta.

Neste sentido, destaca-se, como pressuposto indispensável, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais, sobre os quais se assentam a efetividade da Constituição, isto é, a eficácia social das normas constitucionais. A doutrina da efetividade, no âmbito do direito constitucional, com o *direito subjetivo*³ define o direito de ação⁴, que contém a possibilidade de exigir do Estado que preste jurisdição.

A própria Constituição brasileira, em seu texto, prevê várias ações constitucionais. As ações constitucionais típicas, assim denominadas por José da Silva Pacheco, possuem duas categorias (PACHECO, 2002): a primeira, compreende a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal; a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a ação de inconstitucionalidade por omissão; a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a representação interventiva. A segunda categoria, não menos importante, abrange o *habeas corpus*; o mandado de segurança; a ação popular; o *habeas data*; o mandado de segurança coletivo e o de injunção.

O autor ainda destaca que as seis ações da segunda categoria das ações típicas, “[...] não só foram alçadas ao nível constitucional, como arroladas entre os direitos fundamentais, o que lhes dá relevância incomum”. (PACHECO, 2002, p. 101). Vê-se que

O direito de ação e as ações constitucionais e infraconstitucionais constituem as garantias jurídicas dos direitos constitucionais e os principais mecanismos de efetivação das normas constitucionais quando não cumpridas espontaneamente (BARROSO, 2010, p. 223).

Dessa forma, as ações constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico são meios pelos quais os direitos subjetivos são exigíveis do Poder Público e do particular. “O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição”. (ID IBID).

No que se refere aos direitos subjetivos constitucionais e as suas garantias jurídicas, importa ressaltar, ainda, que “[...] a análise do conteúdo e potencialidades das diferentes categorias de direitos constitucionais deve ser desenvolvida no âmbito do estudo dos direitos fundamentais”. (ID IBID, p.222) Seguindo esta concepção de análise, cabe salientar algumas especificidades relativas aos direitos sociais fundamentais, como o fato de eles outorgarem ao indivíduo direito a prestações sociais estatais, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas e que tais direitos encontram-se na esfera dos direitos da segunda dimensão (SARLET, 2010).

Assim sendo, com as “liberdades sociais” na esfera dos direitos da segunda dimensão, a exemplo da liberdade de sindicalização, sobressai-se, para esta análise, o direito de greve, que é um direito social (fundamental) na qualidade de direito subjetivo, em primeira linha, é negativo, mas envolve uma dimensão positiva, que é a da regulação da greve, em que há proteção

da pessoa que faz a greve nos limites da lei. Esta importante observação dá margem para a consideração de que o direito de greve, talvez, seja o mais dialético dos direitos. Sua função de fonte jurídica material e formal⁵, como também por conseguir ser, ao mesmo tempo, norma, sanção e garantia, faz com que este direito cumpra com as tendências da efetividade absoluta (hegeliana) na Constituição.

Digno de nota, neste aspecto, é apresentar um ilustrativo que corresponda à efetividade absoluta (hegeliana) na Constituição, isto é, considerar algumas tendências a esta efetividade absoluta que se encontram presentes no agir das ações constitucionais que, em análise, se encontram no âmbito dos direitos fundamentais, como visto anteriormente.

Dessa forma, para ressaltar que as garantias jurídicas dos direitos constitucionais visam à efetivação das normas constitucionais, pode-se tomar como ilustrativo a busca por efetivação que, aqui, assume o sentido de concretização da Constituição, com a efetivação dos assim denominados direitos sociais fundamentais. A aplicação do mandado de injunção, no caso do direito de greve do servidor público, corresponde a estas demandas. Com isso, o mandado de injunção é “remédio” para um certo tipo de omissão legislativa, mas não de qualquer tipo; isto é, somente protege as garantias fundamentais constitucionalmente especificadas na CF, art. 5º, LXXI (MEIRELLES, 2005).

Assim, “[...]observados os parâmetros constitucionais quanto à atuação da Corte como eventual legislador positivo, o Ministro Carlos Velloso entendia ser o caso de determinar a aplicação aos servidores públicos da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado”(MENDES et al, 2009, p.1265). Foi, neste particular, verificada uma omissão da norma regulamentadora para a fruição de um direito constitucional existente, sendo assim, cabível o mandado de injunção. O referido Ministro apresentou algumas razões para que se estendesse aos servidores públicos o direito de greve. A ausência de regulação do direito de greve para os servidores públicos impedia a concretização de uma liber-

dade de sindicalização, que é o direito de greve, o qual, por fazer parte das “liberdades sociais” (SARLET, 2010), deve ser protegido, como consta na CF, art. 5º, LXXI.

Assim sendo, tratar das verdadeiras tendências da efetividade contidas na Constituição significa enfocar o movimento da possibilidade que se efetiva; ou seja, é o agir diligente, por intermédio das ações constitucionais, como, aqui, foi ilustrado, em direção à materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais. Por isso, a Constituição em sua imediatidade formal deve passar pela contradição, a fim de ter, pela mediação, a possibilidade de se efetivar, como visto anteriormente, sendo que os direitos fundamentais possuem implicações metodológicas nesta mediação. A efetividade absoluta na Constituição é a unidade da imediatidade e da mediação que faz aparecer, no mundo dos fatos, os preceitos legais. A Constituição, no Estado constitucional contemporâneo, portanto, é dotada de *força normativa*, pois possui a capacidade de produzir efeito determinante e regulador (os preceitos legais aparecem no mundo dos fatos) na realidade da vida histórica (HESSE, 1998, p.48). Contudo, a *força normativa* está,

[...] por um lado, condicionada pela *possibilidade de realização* dos conteúdos da Constituição. [...] Por outro lado, a força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição (ID IBID, p.48-49).

Neste aspecto, ainda é possível ressaltar que “[...]as condições de realização do Direito Constitucional, Constituição e ‘realidade’, portanto, não podem ser isoladas uma da outra” (ID IBID, p.49), valendo, ademais, para o próprio *procedimento de realização* da Constituição. “O conteúdo de uma norma constitucional não se deixa geralmente realizar somente sobre a base das exigências [...] que estão contidas na norma”(ID IBID, p.49-50), mas esta realização “[...]só é possível ao lado do contexto normativo em que as

particularidades das condições de vida concretas, com as quais a norma está relacionada, sejam incluídas no procedimento”(ID IBID, p.48).

A Constituição de um Estado Constitucional, isto é, que se encontra aos moldes de um Estado (social) e democrático de direito, analisada sob a perspectiva da efetividade hegeliana com as devidas implicações metodológicas dos direitos fundamentais em perspectiva da jurisdição constitucional, é assim determinada, inicialmente, “[...] pela possibilidade formal imediata, depois, pela possibilidade real de agir e, por fim, pela possibilidade que reúne a integralidade das condições para tornar-se efetividade total” (BAVARESCO, 2011, p.104). Portanto, esta análise, sob a perspectiva da efetividade hegeliana como se encontra na doutrina da essência, deu ênfase para o processo contraditório em que as categorias refletem-se como negação.

6 Considerações finais

Tratar a efetividade hegeliana na Constituição, no sentido que foi abordado, significa tratar do momento gerador do movimento dialético-especulativo, que é a contradição na efetividade contida na própria Constituição. Para tratar do movimento efetivo na Constituição, a efetividade foi analisada como contradição formal, real e absoluta.

Pode-se destacar da análise da efetividade entendida como contradição formal na Constituição, conforme exposto, que a forma da Constituição em sua imediatidade formal deve passar pela contradição, a fim de superar os desvios que conduzem a um dualismo e, assim, ter a possibilidade de se efetivar. Neste aspecto, importa ressaltar que a leitura dialético-especulativa da Constituição vista, desta forma, como superação do dualismo que caracteriza a fragmentação das dimensões (formal-material) da Constituição, ressalta a essencialidade dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, já que eles fazem parte não apenas da Constituição formal, mas também

aparecem como elemento nuclear da Constituição material. Esta característica dos direitos fundamentais enfatiza a superação do dualismo, que se for analisado mais detidamente como foi, define que apenas a proposição da identidade é insuficiente para a efetividade na Constituição, tendo, portanto, os direitos fundamentais implicações metodológicas neste momento “negativo da possibilidade” na Constituição.

No momento da efetividade real, foi possível observar as implicações metodológicas dos direitos fundamentais na mediação que ocorre na Constituição (formal-material). Faz-se possível destacar, do que foi visto a respeito desta mediação, que o termo “Constituição formal-material” como foi usado, se refere a concepção de uma teoria constitucional que busca implementar a força normativa da Constituição em vista de sua efetivação. A mediação que se dá na Constituição, a partir de algumas notas sobre a caracterização de fundamentalidade dos direitos em Alexi, possibilitou ver que os direitos materialmente fundamentais, sendo elementos constitutivos da Constituição material, têm implicações na mediação que ocorre entre esta e a Constituição formal, com a abertura material. E que, também, existem implicações dos direitos formalmente fundamentais, que integram a Constituição formal, na mediação que ocorre entre esta e a Constituição material.

Os direitos fundamentais, neste sentido, têm implicações metodológicas em cada momento do movimento da contradição analisado nos momentos da determinação da efetividade na Constituição. Contudo, em paralelo à efetividade hegeliana, os direitos fundamentais assumem um significado mais específico no âmbito do Direito em relação às implicações metodológicas destes no que se refere à efetividade judicial (eficácia social das normas constitucionais) da Constituição. Neste aspecto, as implicações metodológicas dos direitos fundamentais estão na perspectiva da Jurisdição constitucional, porque esta é cunhada para conferir maior proteção aos direitos fundamentais, sendo, portanto, imprescindível para a integração entre o ideal constitucional e a Constituição concretizada. A jurisdição

constitucional apresenta-se como condição de possibilidade do Estado democrático (social) de direito.

Com a efetividade absoluta, que é a unidade da imediatidade e da mediação que faz aparecer, no mundo dos fatos, os preceitos legais, conclui-se, por ora, o desenvolvimento deste tema. Deve-se considerar ainda que a Constituição, no Estado constitucional contemporâneo, é dotada de *força normativa*, pois possui a capacidade de produzir efeito determinante e regulador (os preceitos legais aparecem no mundo dos fatos) na realidade da vida histórica.

Desta forma, foi possível visualizar o movimento da efetividade hegeliana na Constituição de um Estado Constitucional contemporâneo, que evidenciou a superação do dualismo pela contradição, sendo esta a condição de possibilidade para efetivar-se.

Notas

- 1 O termo *momento* tem em Hegel um significado técnico, explicitando as diferentes figurações que a consciência vai tomando ao longo da história, recapitulando numa particularidade o movimento total de um conceito. Dito de outra forma, os momentos ou figurações expressam uma objetividade histórica que por meio do movimento da lógica da consciência fazem avançar a efetivação de um conceito.
- 2 Este *dever-ser* é, aqui, entendido como uma possibilidade que se torna efetiva. É neste sentido que o *dever-ser* normativo contém as verdadeiras tendências da efetividade absoluta.
- 3 “Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse”. BARROSO, 2010, p. 222.
- 4 “(...) ele próprio um direito subjetivo, consistente na possibilidade de exigir do Estado que preste jurisdição – tem fundamento constitucional”. BARROSO, 2010, p. 223.
- 5 Assim é que, no dizer de Márcio Túlio Viana, “[...]a greve é ao mesmo tempo pressão para construir a norma e sanção para que ela se cumpra. Por isso, serve ao Direito de três modos sucessivos: primeiro, como fonte material; em seguida, se transformada em convenção, como fonte formal; por fim, como modo adicional de garantir que as normas efetivamente se cumpram”. Cf. DA SILVA, A.; et. al. *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 99.

Referências

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BAVARESCO, A. *O movimento lógico da opinião pública: a teoria hegeliana*. São Paulo: Loyola, 2011.
- DA SILVA, A. et. al. *Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho*. 1. ed., São Paulo: LTr, 2007.
- HEGEL, G.W.F. *Ciencia de la Lógica*. Tradução Augusta e Rodolfo Mondolfo. 3. ed. Argentina: Solar/Hachette, 1974.
- HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. (Tradução de Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MEIRELLES, H.L. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 28. ed., 2005.
- MENDES, G.F. et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2009.
- PACHECO, J. da S. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. 4. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.
- SAMPAIO, J.A.L. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- STRECK, L.L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

▼ recebido em 3 mar. 2012 / aprovado em 7 jun. 2012

Para referenciar este texto:

BAVARESCO, A.; SARLET, I. W.; VELASCO, S. M. Efetividade hegeliana na Constituição: uma contribuição do pensamento dialético para a dogmática jurídica constitucional. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 53-77, jan./jun. 2012.

