

SHIRLENE MARQUES VELASCO

**DIALÉTICA-ESPECULATIVA HEGELIANA E
CONSTITUCIONALISMO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em Filosofia do Direito e Política.

Prof. Dr. Agemir Bavaresco
Orientador

Porto Alegre
2011

RESUMO

A presente dissertação é uma análise do Constitucionalismo contemporâneo sob a ótica do movimento dialético-especulativo na Doutrina da essência de Hegel. Retrata o movimento lógico-dialético na essência através da reflexão, destacando o momento da contradição em paralelo com a perspectiva teórico-evolutiva observada no Constitucionalismo, sendo este o aspecto metodológico para a análise da Constituição. O trabalho irá mostrar que existem questões concernentes ao direito constitucional que foram suscitadas no decorrer da evolução histórico-teórica do Constitucionalismo, que, analisadas sob a ótica da dialética-especulativa, encontram a possibilidade de serem relidas por um olhar filosófico. As questões concernentes ao direito constitucional giram em torno da existência da força normativa da Constituição, conforme desenvolvido por Konrad Hesse, mas também abrangem algumas questões relativas à fundamentalidade da Jurisdição Constitucional e da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Dialética-especulativa. Doutrina da essência. Contradição. Constitucionalismo. Força normativa da Constituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DIALETICIDADE HEGELIANA	14
1.1 DIALÉTICA-ESPECULATIVA.....	18
1.1.1 Momentos do lógico-real e organicidade constitucional hegeliana	19
1.2 SÍNTESE DIALÉTICA NA CONSTITUIÇÃO.....	22
1.2.1 Divisão da lógica hegeliana	25
1.2.2 Determinações da reflexão na lógica da essência	28
1.3 MOVIMENTO DIALÉTICO NEGADOR NA CONSTITUIÇÃO.....	31
1.3.1 A Constituição enquanto reflexão exterior	33
1.3.2 A oposição da diferença exterior interiorizada	36
1.3.2.1 A oposição da diferença exterior interiorizada na Constituição.....	38
2 A UNIDADE CONTRADITÓRIA NA CONSTITUIÇÃO E NO ESTADO CONSTITUCIONAL	40
2.1 ESTADO CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO NA PERSPECTIVA DIALÉTICO-ESPECULATIVA: EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	44
2.1.1 Alguns posicionamentos quanto aos graus de eficácia das normas constitucionais no âmbito do direito constitucional brasileiro	47
2.2 A LIMITADA EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	49
2.3 CRIAÇÃO DE CONDIÇÕES PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS.....	52
2.4 A UNIDADE CONTRADITÓRIA E A EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	57
2.4.1 Algumas considerações sobre a aplicação da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais	65

3 EFETIVIDADE HEGELIANA E AS IMPLICAÇÕES METODOLÓGICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	71
3.1 A POSSIBILIDADE FORMAL IMEDIATA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	73
3.1.1 A efetividade formal contém imediatamente a possibilidade.....	74
3.2 IMPLICAÇÕES METODOLÓGICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA MEDIAÇÃO QUE OCORRE NA CONSTITUIÇÃO.....	75
3.2.1 Algumas notas sobre a caracterização de fundamentalidade em Alexy....	78
3.3 A CONTRADIÇÃO ABSOLUTA NA NECESSIDADE ABSOLUTA.....	81
3.3.1 A efetividade absoluta na Constituição.....	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

INTRODUÇÃO

A trajetória em perspectiva evolutiva do Estado constitucional e, conseqüentemente, do Constitucionalismo sempre envolveu intensos debates teóricos e filosóficos acerca da dimensão formal e material (substantiva) dos conceitos de Constituição. A grande mutação ocorrida com o Constitucionalismo após a queda dos Estados absolutistas, no final do Estado liberal e início do Estado democrático, demonstra a problemática ainda atual acerca da eficácia normativa das normas constitucionais. Isso tem implicação direta no redimensionamento da Constituição após o advento da II Guerra Mundial, resultando em desdobramentos conceituais que têm o foco no Constitucionalismo.

A partir desses elementos preliminares, que demonstram uma atividade incessante que será analisada desde a formação do Estado constitucional, pergunta-se pela possibilidade de visualização deste fenômeno jurídico denominado de Constitucionalismo contemporâneo, sob a perspectiva da dialética-especulativa hegeliana, que trata dos momentos do movimento do *real*, com ênfase no momento da *contradição*, o qual se apresenta como célula matricial do movimento dialético hegeliano. Desta forma, busca-se compreender este fenômeno jurídico amplamente em sua realidade atual, evitando a abordagem unilateral do tema.

Portanto, o foco da pesquisa se encontra, essencialmente, em visualizar o movimento dialético-especulativo no Constitucionalismo contemporâneo, de forma reflexiva e histórica. A partir da concepção de que a dialética hegeliana assume maiores proporções em relação aos seus antecessores, é possível buscar no Constitucionalismo contemporâneo este movimento. Depreende-se, assim, desta abrangência assumida pela dialética hegeliana, a sua atualidade. Então se pergunta pela possibilidade de uma releitura das questões atinentes ao direito constitucional suscitadas no decorrer do processo evolutivo do Constitucionalismo. É possível reler as questões mais prementes do direito constitucional sob a ótica da dialética-especulativa? Ou seja, é possível analisar o conceito de Constituição a partir do desenvolvimento do aspecto metodológico da dialética-especulativa?

Assim, diante dos devidos esclarecimentos do que seja a dialética é possível ver que o movimento dialético, segundo a definição de Hegel, é contributivo para uma das questões prementes da teoria do direito constitucional moderno e de relevância na atualidade: a necessidade de formular uma concepção adequada da Constituição.

O Constitucionalismo contemporâneo é caracterizado pelo primado da Constituição devido a sua eficácia normativa, que busca imprimir ordem e conformação à realidade política e social, não sendo apenas determinada pela realidade social, mas também determinante em relação a ela. A dimensão dialética na Constituição engloba as duas dimensões da Constituição (normativa e sócio-política). A boa dialética se mostra inclusiva, nunca excludente. O Direito, enquanto função de uma sociedade dada, recebe e sanciona valores materiais que a sociedade lhe oferece. Contudo, tais valores, uma vez incorporados a um Direito positivo determinado, são submetidos a uma dinâmica própria das regras do Direito (desempenham na sua aplicação os valores estritamente jurídicos), cuja autonomia (que nada tem a ver com o famoso “formalismo”) não é posta em dúvida, pelo menos por alguém minimamente informado. Portanto, não se trata de excluir a dimensão política entendida aqui como realidade política, como também não se trata de excluir as valorações extras jurídicas (econômicas, sociais, políticas etc.), as outras dimensões da realidade, mas de definir âmbitos de atuação. Neste sentido, a Constituição não é vista de forma unilateral, sendo, portanto, não só instrumento de governo, enunciador de competências e regulador de processos, mas, também, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Isto ainda sob o contexto de um Constitucionalismo do tipo dirigente (ainda que reconstruído e relido), em que se busca uma vinculação especialmente do legislador e do administrador aos direitos fundamentais sociais (denominação que abrangem os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais) e aos deveres de proteção e promoção de tais direitos em um Estado Constitucional, na sua formatação de um Estado Democrático de Direito; também é possível observar a relação existente entre as dimensões da Constituição em seu aspecto formal-material que implica em um movimento dialético.

As relações entre as dimensões da Constituição, se analisadas sob o prisma da dialética-especulativa, suscitam questionamentos no âmbito do direito constitucional. O direito constitucional, que é uma ciência normativa em que as

normas constitucionais se encontram em uma tensão dialética-especulativa permanente com a mutabilidade fática, estaria apenas cumprindo a função de justificar as relações de poder dominantes, geradas pelos fatos criados pela *Realpolitik*? Nas palavras de Rudolf Sohm, citadas por Korand Hesse, “o direito constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição”. Isto analisado à luz do movimento lógico na essência é a contradição como movimento da negação na Constituição.

A contradição, que na *Ciência da Lógica* é o cerne estrutural de seu conteúdo, nas palavras de Hegel, é o que move o mundo, e na Constituição ela será analisada enquanto movimento dialético negador na lógica da essência. A escolha por esta opção de análise se justifica pelo fato de que, na Doutrina da *essência*, a contradição se torna um movimento de negação interior, sendo que o negativo, enquanto relação ou mediação ao outro na essência pela reflexão, engendra uma tensão relacional que corresponde à relação que existe entre as dimensões normativa e sócio-política da Constituição. Desta forma, percorrem-se os principais momentos da reflexão na essência, apresentando seu correspondente na Constituição. A intenção desta análise é procurar compreender o fenômeno jurídico do Constitucionalismo contemporâneo de modo relacional, isto é, enfatizar a relação existente entre as dimensões da Constituição que o caracterizam.

O primeiro capítulo vai tratar dos variados aspectos da dialética hegeliana e apresentar esse movimento ainda de forma generalizada no Constitucionalismo. De início, procura-se fazer breve distinção entre a dialética hegeliana e a de alguns de seus antecessores e enfatizar o alcance adquirido por esta. Busca-se ainda, antes de desenvolver o tema proposto, justificar o porquê da não-escolha da abordagem do tema da dialética na Constituição orgânica de Hegel.

Assim, procura-se definir a dialética-especulativa, apresentar suas características principais e definir seu núcleo matricial. Porém, ao mesmo tempo, tem-se a preocupação em destacar o aspecto metodológico do dialético nos momentos do lógico-real, que se encontram na organicidade constitucional hegeliana. Em seguida, ao tratar do elemento negativo na *essência*, é possível verificar a síntese dialética na Constituição, em que o conceito de Constituição pode ser visto de forma abrangente, sendo a Constituição a ordem jurídica fundamental da comunidade, não só do Estado. Para aprofundar as diretrizes apresentadas por este conceito de Constituição, busca-se desenvolver a partir da divisão da lógica,

como apresentada por Hegel, as determinações na reflexão da lógica da essência, com destaque para o elemento reflexivo negador que aparece como célula matricial do movimento dialético-especulativo, sendo, então, necessária a abordagem da contradição. A partir destas considerações, a Constituição será analisada enquanto reflexão exterior e oposição da diferença exterior interiorizada.

O segundo capítulo dá continuidade ao desenvolvimento do tema da contradição. Neste momento, é possível articular de forma mais direta o movimento dialético-especulativo com as especificidades constitucionais. Com a abordagem da reflexão autônoma, a qual é uma relação não exterior entre opostos refletidos em si que são desiguais e que mantém a tensão dialética, sempre atuando na força do conceito e da realidade, tem-se para a Constituição o que corresponde à tensão que deve existir e permanecer na relação entre a “Constituição jurídica” com “a natureza singular do presente”.

Em um segundo momento, a reflexão autônoma suprassume-se em cada termo diferente em si de cada lado, o positivo e o negativo. Trata-se do que é denominado de o negativamente-racional ou o momento da resolução da contradição, em que a Constituição se transforma em força ativa. O momento seguinte, denominado de positivamente-racional ou a unidade do fundamento, é correspondente a uma nova configuração constitucional.

Por fim, com a unidade contraditória, que é a contradição no fundamento, tem-se o momento que equivale à problemática da eficácia (sistema jurídico) e da efetividade (eficácia social) das normas constitucionais. Neste estágio da pesquisa, é possível apresentar e desenvolver algumas das questões mais prementes do direito constitucional.

O terceiro capítulo, conclui o trabalho com a efetividade hegeliana e as implicações metodológicas dos direitos fundamentais na perspectiva da jurisdição constitucional. Na sequência, a apresentação de um caso emblemático que destaca a existência de uma conexão entre a proibição de retrocesso e o ‘avanço’ do Poder Judiciário, e, em continuidade ao movimento lógico dialético-especulativo, que no capítulo anterior tratou do momento da unidade contraditória na Constituição e no Estado constitucional, faz-se necessário abordar a Jurisdição constitucional como forma de implementação dos direitos fundamentais e dar prosseguimento ao movimento da contradição que leva à efetividade.

Para tratar do movimento efetivo na Constituição, considerando a importância fundamental da contradição na dialeticidade da efetividade, a efetividade será analisada enquanto (1) contradição formal, (2) contradição real e (3) contradição absoluta. Portanto, primeiro, busca-se desenvolver a possibilidade formal imediata nos direitos fundamentais, em que a efetividade formal contém imediatamente a possibilidade. Depois, no momento 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 possível 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 se efetiva através das ações constitucionais, em que a constitucionalização do direito se dá por via da Jurisdição constitucional e abrange a aplicação direta da Constituição para determinadas questões, evidenciando, assim, sua *força normativa*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento, em que a pesquisa já percorreu os percursos propostos, no que se refere a alguns dos principais momentos do movimento dialético-especulativo na Lógica da essência, é possível verificar, para a nossa questão inicial, aquela enfrentada pelo direito constitucional, algumas posições bem definidas. Trata-se de posições para a análise do Constitucionalismo contemporâneo.

A primeira posição, que se pode verificar, é que se trata de uma questão relacional, isto é, de uma questão sobre a relação que existe entre as dimensões relativas à normatividade constitucional e as dimensões relativas à mutabilidade fática. Por estar diretamente ligada ao direito constitucional, isto a afeta diretamente. O direito constitucional não está aí para cumprir a indigna tarefa de “justificar as relações de poder dominantes”¹; por isso, a Constituição jurídica não é a expressão de uma “momentânea constelação de poder”.² Esta é a segunda posição que se pode verificar, a saber, de que “a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”.³ A presente pesquisa, portanto, atua no sentido de corroborar este posicionamento com a verificação de que a dialética-especulativa hegeliana é um movimento que também se encontra na Constituição.

Este movimento é imanente, isto é, existe no interior da própria Constituição, sendo ainda um movimento que consiste na relação entre suas dimensões internas que não se desvinculam, porém, do que lhe é externo e, muito menos, pressupõe o externo. A relação imanente, que se dá no interior da Constituição, efetiva-se, e isto tem um significado próprio para esta problemática do direito constitucional, que trata da relação entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Afinal, sendo que isto é dito de forma que se possa observar, nesta relação, a existência de uma dialética de duplo movimento da Constituição jurídica na realidade político-social e da realidade político-social na Constituição jurídica, não se trata, de forma alguma,

¹ HESSE, 1991, p. 11.

² Id. Ibid.

³ Id. Ibid.

de conceber ao direito constitucional a insignificante função de “justificar as relações de poder dominantes”. Isso porque cada dimensão envolvida nesta relação desenvolve em seu interior a identidade negativa, que culmina na superação da realidade político-social na Constituição jurídica, com retorno da Constituição jurídica para a realidade político-social, expressando a força normativa da Constituição, que contém em seu interior a relação que consiste no retorno de toda exterioridade para sua interioridade, quando esta transpõe o momento da efetividade das determinações externas. Isso ocorre mais especificamente em relação à efetividade (eficácia social das normas constitucionais) da Constituição, que se refere a um movimento circular contínuo de passagem da interioridade das suas relações internas na exterioridade e da exterioridade que contém, por sua vez, relações internas à realidade político-social na interioridade da Constituição jurídica. Demonstra, com isso, que se trata de uma dialética da mútua integração e da mútua superação, com destaque para o aspecto negativo contraditório, que se apresenta como elemento fulcral do movimento dialético-especulativo hegeliano.

Tem-se, assim, tanto a possibilidade de corroborar a concepção de que a Constituição contém força ativa própria, ainda que limitada, porque advém de um movimento relacional imanente a ela, sendo, porém, não excludente, pois está em relação permanente com a realidade fática, que, por sua vez, também contém relações imanentes que se encontram em permanente relação com as dimensões da Constituição. Como, também, tem-se a possibilidade de corroborar a concepção favorável à possibilidade de análise da Constituição através dos aspectos metodológicos da dialética-especulativa hegeliana.

Portanto, dizer que a Constituição tem força normativa é dizer que a norma constitucional está investida na condição de norma jurídica e, dentre outros atributos, ela possui *imperatividade*. O Constitucionalismo contemporâneo comunga com esta concepção e ela é uma superação do modelo que vigorou na Europa até os meados do século passado, em que a concretização de seu conteúdo não contava com a atuação relevante do Poder Judiciário e, por isso, ficava “à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”.⁴

A concepção favorável à possibilidade de análise da Constituição, através dos aspectos metodológicos da dialética-especulativa, corrobora-se pela abrangência

⁴ BARROSO, 2010, p. 219.

que esta assume, sendo possível, a partir de algumas apropriações contemporâneas para o conceito de dialética-especulativa, pensar o mundo sob esta perspectiva.

Os três momentos do lógico, analisados em relação à Constituição orgânica de Hegel, mostraram também a necessidade de se compreender o que se denomina de organização de um Estado, de forma a ultrapassar o entendimento do intelecto abstrato, que deixa de fora os vários aspectos concernentes aos problemas constitucionais enfrentados a todo o momento na realidade de uma sociedade. A Constituição, quando compreendida de forma racionalmente positiva, pode ser vista em sua unidade relacional. A articulação dos interesses privados (organização sócio-jurídica) com os interesses públicos (organização ético-política) corresponde, portanto, à efetivação plena do método dialético, quando este alcança o momento especulativo ou o positivamente-racional. Aí são apreendidos os momentos do entendimento e do dialético em uma unidade relacional.

Com a síntese dialética, a Constituição é compreendida ao observar seu movimento interno, que se mostra composto pelos momentos da lógica dialética do real, isto é, da lógica dialético-especulativa. Sendo que a síntese dialética se dá por meio da *reflexão* impulsionada pela razão especulativa, a abordagem do tema que se refere às determinações da reflexão na lógica da essência encontrou grande desenvolvimento, a fim de que, assim, também ficasse claro o movimento dialético negador presente na Constituição.

Tratando-se desse tipo de *contradição*, isto é, da *contradição* da lógica da essência, que possui um movimento negador, o essencial e o inessencial (a diferença que nega e que se apresenta como o outro), a identidade e a diferença, são uma unidade relacional e, ao mesmo tempo, são a reflexão total e os momentos. Assim, não pode haver a ruptura entre a reflexão em si e a reflexão exterior. Tem-se, aqui, a natureza essencial da reflexão, como também o fundamento-originário determinado de toda atividade e automovimento. Portanto, refere-se à problemática do direito constitucional, analisado sob esta perspectiva, em que a reflexão exterior na Constituição, vista sob a ótica deste movimento lógico reflexivo, não pode estar separada da unidade da reflexão total, pois isso seria uma interrupção do movimento dialético que co-engendra a imediatidade e a mediação; por isso, norma e realidade devem estar em um movimento relacional de tensão permanente.

Esta tensão permanente no momento da unidade contraditória é o movimento que cada dimensão da Constituição jurídico-real reflete em si e inclui a outra e não

se encontra fechado em si mesmo de forma unilateral. Este momento da unidade contraditória na Constituição foi precedido pelos momentos anteriores em uma unidade relacional. Importa destacar, portanto, que estes momentos não se encontram isolados em si.

Verificou-se, assim, que a diferença aparece, inicialmente, como diversidade indiferente, no isolamento entre ordenação jurídica e realidade; em uma análise isolada, unilateral, que leva em conta, somente, um dos aspectos, sendo estes comparados, apenas, pelo ato exterior da reflexão. Depois, a interiorização da oposição da diferença exterior com a relação de coordenação entre “Constituição jurídica” e “Constituição real”. A diferença entre elas se revela como oposição autônoma (os dois aspectos correlativos da oposição) entre a Constituição jurídica e o *Todo* da realidade estatal no Estado Constitucional, sendo que ambos os aspectos mencionados coabitam na oposição. A Constituição jurídica, considerada em si mesma, exclui o *Todo* da realidade estatal; este, por sua vez, é por si unidade que exclui de si o primeiro. Contudo, a dualidade dos referidos pólos é reunida sob o termo da autonomia. A contradição é a unidade da inclusão e da exclusão na autonomia. A contradição não é a justaposição nem o fechamento unilateral destes pólos, mas a contradição autônoma destes. Desta forma, foi possível acompanhar a passagem das determinações da reflexão autônoma – o positivo e o negativo –, que passam da diferença – contradição em si – à contradição propriamente dita, posta enquanto tal.

Em continuidade ao movimento dialético-especulativo na Lógica da essência, conclui-se com a efetividade. Sendo que falar da efetividade hegeliana na Constituição, no sentido que foi abordado, significa falar 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 enquanto contradição formal, contradição real e contradição absoluta. Os direitos fundamentais, neste sentido, têm implicações metodológicas em cada movimento da contradição analisado nos momentos da determinação da efetividade na Constituição. Em paralelo, os direitos fundamentais assumem um significado mais específico ao âmbito do Direito, em relação às implicações metodológicas destes na efetividade (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 esta, portanto, imprescindível para a integração entre o ideal constitucional e a Constituição concretizada. A jurisdição constitucional se apresenta como condição de possibilidade do Estado democrático (social) de direito.

Assim, ao se falar de efetividade hegeliana e implicações metodológicas dos direitos fundamentais na perspectiva da Jurisdição constitucional, deu-se, então, continuidade ao momento da unidade contraditória na Constituição e no Estado constitucional. A abordagem do papel fundamental da Jurisdição constitucional, como forma de implementação dos direitos fundamentais, deu prosseguimento ao movimento da contradição que leva à efetividade.

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. Portanto, 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.