

**EM BUSCA DO PARAÍSO DISTANTE:  
EM TORNO DE ALGUNS OBSTÁCULOS À  
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**IN SEARCH OF FAR PARADISE: AROUND SOME  
OBSTACLES TO EFFECTIVE FUNDAMENTAL  
RIGHTS**

*Matheus Felipe de Castro\**  
*Janaína Reckziegel\*\**

**RESUMO**

O presente artigo buscará refletir criticamente sobre defasagens políticas e estruturais existentes entre o discurso constitucionalista dos direitos fundamentais e a prática do Estado brasileiro, apontando problemas que devem ser resolvidos para que o Poder Político possa se reestruturar para a realização efetiva – não meramente discursiva – dos direitos fundamentais, seja nas relações marcadas pela *verticalidade*, seja naquelas marcadas pela *horizontalidade*, em que prevalecem relações privadas de poder. Sustentará que uma práxis de transformação, a partir da efetivação dos direitos fundamentais, demanda uma

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); professor adjunto II do Departamento de Direito da UFSC; pesquisador do Grupo Direitos Fundamentais Cíveis, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc, *campus* de Chapecó; e advogado em Florianópolis. Contato: matheusfelipedecastro@gmail.com

\*\* Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); mestre em Direito Público; doutoranda em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; professora e pesquisadora do Grupo Direitos Fundamentais Cíveis, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc, *campus* de Chapecó; e advogada em Chapecó. Contato: janainar@desbrava.com.br

mudança de mentalidade dos juristas, com abandono dos pressupostos metodológicos do positivismo.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Filosofia da práxis. Positivismo jurídico.

## ABSTRACT

This article aims to reflect critically on political and structural lags between the constitutional fundamental rights discourse and practice of the Brazilian State, pointing out problems that must be solved before the Political Power can be restructured to achieve effective - not merely discursive - rights fundamental relations is marked by verticality, horizontality is marked by those where private power relations prevail. Sustain a praxis of transformation from the enforcement of fundamental rights requires a change in mindset of lawyers, with abandonment of methodological assumptions of positivism.

**Keywords:** Fundamental rights. Philosophy of praxis. Legal positivism.

## INTRODUÇÃO

No longo trajeto de sua consolidação, o constitucionalismo ocidental assentou suas premissas básicas sobre o paradigma dos direitos fundamentais. Contemporaneamente, não há autor, jurista, legislador ou administrador que não admita, ao menos *retoricamente*, que os ordenamentos jurídicos hodiernos não podem senão fincar seus alicerces sobre a base do respeito a direitos essenciais positivados nas Constituições nacionais e reconhecidos pela Comunidade Internacional.

No entanto, o que se percebe, na realidade que se opera *fora* dos textos, é um total descompasso entre o que é dito e o que é praticado, entre o que é pensado e o que é realizado em termos de efetivação de um rol mínimo de direitos historicamente construídos e conquistados pelas lutas sociais travadas pelo “povo soberano” nos últimos séculos.

Na verdade, embora o próprio discurso constitucionalista (de onde se extrai a base dos direitos fundamentais) faça parte de uma tradição política que vem desde o liberalismo, também ele, como *discurso*,

teve grande dificuldade para se impor na realidade, na medida em que o constitucionalismo inicial possuía características meramente formais, permitindo que a realidade fosse comandada preponderantemente pela lógica das leis de mercado, o que evidentemente encontrava sua maior expressão jurídica nos códigos civis e nas leis do comércio.

Agora, na medida em que avança a assim chamada constitucionalização dos ordenamentos jurídicos – o que implicitamente admite que as constituições foram, por muitos séculos, meras folhas de papel submetidas às relações reais de poder (Lassale) – e que o discurso dos direitos fundamentais vai tomando foros de verdadeiro *leitmotiv* a guiar a atividade dos homens de Estado, há que se questionar sobre as lacunas e tensões existentes entre aquilo que se declara e aquilo que se pratica, questionando-se sobre medidas concretas que possam redesenhar as funções de Estado para a concretização de um programa mínimo de direitos fundamentais que atendam aos interesses de um povo determinado na história.

Para tanto, o presente artigo, partindo do referencial teórico da *filosofia da práxis* (teoria dialética do Direito = método da concreção), buscará realizar uma reflexão crítica a respeito das defasagens políticas e estruturais existentes entre o discurso constitucionalista dos direitos fundamentais e a prática concreta do Estado brasileiro, tentando apontar os nós que devem ser desfeitos para que o poder político possa se reestruturar para a realização efetiva – não meramente discursiva – dos direitos fundamentais, seja nas relações marcadas pela *verticalidade* (relações clássicas Estado/cidadão), seja naquelas marcadas pela *horizontalidade*, isto é, nas quais prevalecem relações privadas entre pessoas ou entre essas e os poderes privados.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA TEORIA À PRÁTICA DE SUA EFETIVIDADE**

Há grande discussão em torno da natureza dos direitos fundamentais. As várias teorias e posições existentes se vinculam, respectivamente, às diversas posições político-ideológicas dos intérpretes. Classicamente, no entanto, admitiu-se que os direitos fundamentais seriam *direitos públicos subjetivos*, no sentido de direitos dos cidadãos

oponíveis ao Poder do Estado, numa sociedade liberal saída das entranhas do Absolutismo.<sup>1</sup>

Para essa concepção, Estado e sociedade seriam instâncias separadas, que se comunicariam numa relação de *desconfiança recíproca*, razão pela qual caberia à sociedade o controle do Estado mediante a imposição constante de limites jurídicos à sua atuação, como ressaltou Bonavides: “Que todas as diligências do liberalismo convergiam para esse fim – a limitação do poder – afigura-se nos dos traços mais peculiares à doutrina liberal”.<sup>2</sup> Segundo essa visão, toda a administração pública moderna (e o direito administrativo que lhe corresponde) teria sido constituída, conforme Bercovici, “[...] para o modelo liberal de proteção dos direitos individuais em face do Estado, não para a implementação dos princípios e políticas consagradas na Constituição”.<sup>3</sup>

A evolução dos Estados de corte liberal para os Estados de modelo social operou profunda modificação nas formas de efetivação dos direitos fundamentais, antes concebidos *negativamente*, ou seja, como deveres de *abstenção* por parte do Estado em frente aos indivíduos (que Alexy divide em três grandes grupos: direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte certas ações do titular do direito; direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; e, enfim, direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito)<sup>4</sup> e, depois, concebidos *positivamente* como deveres de *atuação* diante das necessidades concretas de um povo, como saúde, educação, cultura, lazer, trabalho, desenvolvimento (e que o mesmo Alexy subdivide em dois grandes grupos: ações estatais de conteúdo fático e ações estatais de conteúdo normativo),<sup>5</sup> amenizando a rígida separação Estado/sociedade que o liberalismo impunha e concebendo o poder político como uma espécie de *prestador de serviços* públicos fundamentais aos cidadãos,<sup>6</sup> mas sem alterar a concepção inicial de que também essas prestações ativas seriam *direitos públicos subjetivos* dos cidadãos perante o Estado.<sup>7</sup>

Outra visão seria aquela que considera a evolução dos direitos fundamentais como *trincheiras* conquistadas na luta política das classes trabalhadoras e das maiorias excluídas, com o fim de equilibrar a luta de classes inerente ao tecido social no qual se assentam as bases do Estado.<sup>8</sup> Esta concepção *realista* leva em conta o fato de o poder de

Estado quase nunca corresponder efetivamente às declarações constitucionais que consideram sua fonte e controle popular.<sup>9</sup> Assim, o direito estabeleceria os *limites* do exercício do poder de Estado, quer dizer, da intervenção dos seus aparelhos, fixando a linha de demarcação entre o indivíduo – e os seus direitos “subjctivos”, “naturais”, “inalienáveis” etc. – e o Estado, exprimindo uma relação de força que se operaria no interior de uma relação de classes. Nesse sentido, esses limites postos pelo direito seriam igualmente a expressão da limitação do poder de dominação de classe pela luta das massas populares.<sup>10</sup>

Mais atualmente, acabaram tendo grande aceitabilidade concepções que admitem um Estado *constitucionalizado*, no sentido de que sua estrutura e poder estariam colocados acima das disputas entre classes e outros grupos sociais existentes numa sociedade pluralista, em que a Constituição e a Democracia haveriam se consolidado em frente aos poderes privados. O poder não pertenceria a um grupo ou classe social, e a soberania seria legal, expressa na Constituição, que criaria um complexo de procedimentos que garantiriam a todos os cidadãos, individualmente ou organizados em grupos de pressão (partidos, sindicatos, associações, classes etc.), se expressar de forma equilibrada, de maneira que nenhum grupo conseguisse se tornar hegemônico, desequilibrando as regras do jogo democrático formalizado na Constituição.<sup>11</sup>

Embora esta última posição seja sedutoramente adotada pela maioria dos autores atuais que estudam e divulgam os direitos fundamentais, ela parece partir de um *idealismo* básico que aprofunda a concepção de uma sociedade em que os conflitos se operem de forma (constitucionalmente) *controlada* e *localizada* (na esfera privada), sem interferir na condução efetiva do poder político a *partir da* própria sociedade civil. Não à toa, um autor como Friedrich Müller afirma que sua teoria estruturante do direito só seria aplicável às sociedades onde o povo fosse realmente soberano, fonte e manipulador do poder político, em nada colaborando para o entendimento de sociedades onde o povo seria um mero pedestal passivo sobre o qual se levanta o poder de Estado sob o domínio de um grupo social minoritário em tamanho, mas majoritário em poder:

Eles (os direitos fundamentais) fundamentam normativamente uma sociedade à medida que ela é livre e pluralista, e um Estado, à medida que ele é democrático. Eles são os meios de realização por excelência do 'poder constituinte do povo'. Sem a prática dos direitos humanos e da cidadania, o 'povo' permanece sendo uma metáfora abstrata de função ideológica. Mas por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, 'povo titular do Estado' (*Staatsvolk*) em uma democracia legítima.<sup>12</sup>

Evidentemente, trata-se de um ideal que ainda não parece ter sido alcançado por nenhuma sociedade concretamente considerada e que faz recordar os ideais democráticos que vêm sendo desenhados desde a Antiguidade Clássica e que nos fazem perceber que a democracia não é uma *coisa* pronta e acabada (o que existiria somente no mundo das ideias), mas uma *relação* sociopolítico-econômica em construção permanente e submetida a avanços e reveses conforme a correlação concreta das forças políticas em embate na sociedade.

E o jurista apenas realizaria um trabalho de *relegitimação* do sistema político vigente, que mantém e aprofunda as assimetrias de poder social, político e econômico existentes na sociedade, se partisse do pressuposto de que esse *Estado realmente existente* encontra seu fundamento não mais numa teoria da soberania estatal há muito questionada,<sup>13</sup> mas sim na realização dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, o que não vem acontecendo na prática de nenhuma nação atual, como ocorre com o Brasil, recordista em condenações internacionais pela violação de direitos fundamentais dos seus cidadãos<sup>14</sup> (o Brasil conta com um sistema judiciário profundamente marcado pelo *positivismo* jurídico e pela *seletividade* criminal de setores empobrecidos, combinado com baixíssima taxa de participação popular efetiva nos negócios públicos) e até mesmo com os Estados Unidos da América, nação alardeada como berço da democracia liberal moderna, mas que mantém um campo de concentração na Baía de Guantánamo, Cuba, onde implementou um verdadeiro *Direito Penal do Inimigo*,<sup>15</sup> além dos conhecidos atos de terrorismo de Estado que promove mundo afora, inclusive com violação à soberania e autodeterminação da maioria dos outros povos, embora essas duas nações, retoricamente, tenham avançado e consolidado uma profunda justificação de seus poderes políticos com base na realização dos direitos fundamentais.

Por outro lado, se a constatação de que a teoria dos direitos fundamentais se encontra muito mais avançada do que a prática dos direitos fundamentais, isso não quer significar que haja, necessariamente, um descolamento entre ambas, como se fossem fenômenos distintos. Na verdade, teoria e prática são faces do mesmo processo real se desdobrando no tempo/espço e não podem ser separadas artificialmente, porque compõem uma *unidade*. A *aparente* separação entre teoria e prática decorre do fato de os homens se apegarem aos discursos *oficiais* que encobrem os funcionamentos *reais* dos processos de poder. E o discurso da teoria dos direitos fundamentais parece vir sendo apropriado pelos ideólogos estatais como forma de justificação de uma política que cumpriria funções diferentes das declaradas na realidade, relegitimando-se pela velha fórmula transformista enunciada por Lampedusa no seu “Il Gattopardo”: *tudo deve mudar para permancer como está!*

Se há uma lacuna ou uma tensão entre ambas, é exatamente nela que deve ser buscada a explicação racional para essa defasagem, como quer Zizek.<sup>16</sup> Há que se perguntar se teoria e prática não estariam cumprindo funções distintas para a reprodução de certa realidade composta de aparências ideológicas e essências reais de funcionamento, ou seja, não estariam cumprindo funções distintas, mas complementares de uma mesma realidade oculta num mundo de aparências, onde a legitimidade (ou legitimação) é aspecto crucial para a manutenção prática do sistema.<sup>17</sup>

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS: PODERES PÚBLICOS E PODERES PRIVADOS**

Como mencionado linhas atrás, os direitos fundamentais nasceram primeiramente como forma de contraposição dos poderes privados ao poder público, com a ascensão das burguesias nacionais ao poder de Estado em suas respectivas nações, dando origem ao conceito primário de *Estado burguês de Direito*.<sup>18</sup> A proteção de direitos humanos fundamentais teria surgido na história da humanidade como maneira de *conter* o poder do Estado, sempre propenso ao abuso e à arbitrariedade, dentro de certos limites fixados pela lei, colaborando para conformar muito mais do que uma simples *nova ordem política*

da sociedade, mas consolidando, decisivamente, a própria *civilização burguesa*, como lembra Comparato:

Sem dúvida, esses efeitos não foram minimamente previstos pelos próceres revolucionários. Mas não é menos verdade que a civilização burguesa e o sistema econômico capitalista não teriam prosperado tão vivamente, a partir do século XIX, se o direito revolucionário não tivesse criado as instituições que lhe serviram de fundamento.<sup>19</sup>

No entanto, o desenvolvimento do sistema capitalista de produção revelou que também e principalmente os *entes privados* (empresas, corporações, pessoas individualmente consideradas) exercem poder sobre outras pessoas ou sobre a coletividade, possuindo inclusive grande poderio para causar danos individuais, difusos e coletivos, que se manifestam sob a forma de violências à saúde pública, ao bem-estar coletivo, ao meio ambiente e mesmo às chamadas “minorias”, entendidas como agrupamentos coletivos em torno de características bem definidas para a universalidade da comunidade onde estão inseridas (raça, etnia, orientação sexual, política e religiosa, gênero etc.).

Essa constatação lançou por terra a velha visão liberal de uma contraposição simplista entre sociedade civil e Estado, revelando que não somente nas relações *verticais* (Estado/sociedade civil/cidadãos), mas também e principalmente nas relações *horizontais* (em que o Estado permanece de fora/relações cidadãos/cidadãos ou poderes econômicos/cidadãos), o poder se exerce e efetiva de maneira *assimétrica*, não existindo igualdade material possível numa sociedade marcada pela desigualdade. Samuel Pinheiro Guimarães é preciso em sua observação, quando assevera que:

A contraposição entre o Estado – mau, autor e fonte das violações – e a sociedade civil – boa, generosa e inocente – ignora que a lei e o Estado refletem a concentração de poder e a reforçam, a concentração de poder e as violações que ela necessariamente provoca originam-se na própria sociedade civil.<sup>20</sup>

Nesse passo, uma vez consolidada a ideia-força de que o Estado e suas múltiplas manifestações funcionais (administrativas, legislativas e judicantes) se vinculariam estritamente à realização dos



direitos fundamentais<sup>21</sup> (o que, por enquanto, parece ser um discurso ideológico de (re)fundamentação do poder estatal), surge e prolifera o pensamento de que também os poderes privados deveriam se vincular à efetivação dos direitos fundamentais, o que levaria a uma sociedade *funcionalizada* por valores constitucionalmente definidos pela comunidade política nacional.

A principal crítica a essa visão surgida a partir do Direito Constitucional Alemão é decorrente de setores liberais extremistas que negam qualquer legitimidade ao Estado para interferir na *autonomia da vontade* e na *livre iniciativa*, como formas de funcionamento “normal” da sociedade moderna. Eis que qualquer admissão em contrário viria a lesar irremediavelmente, para eles, o próprio cerne do direito geral à liberdade. Na sociedade civil, os homens seriam livres para se autodeterminar, mediante acordo de vontades (*contrato*), e a vinculação prévia de seus comportamentos a valores politicamente definidos seria ilegítima e abusiva.

O argumento é ideologicamente comprometido e não parece constituir entrave à efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas, como já o demonstrou Alexy quando afirmou não ser difícil refutar o argumento de que os efeitos diretos da irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas diminuiriam ou anulariam a autonomia privada, eis que ela própria é um objeto de proteção pelos direitos fundamentais.<sup>22</sup> Aliás, Alexy chega a criticar como uma “[...] deficiência da discussão acerca dos efeitos perante terceiros que a questão da restrição à autonomia privada tenha ocupado o primeiro plano e que sua proteção não tenha sido tratada como uma questão de igual importância”.<sup>23</sup>

O grave problema parece residir na própria estrutura jurídico-administrativa do Estado brasileiro que parece não estar preparada institucionalmente para efetivar direitos fundamentais a partir de si mesma (a partir do próprio Estado), muito menos para fazer valer direitos fundamentais nas relações horizontais, ou seja, entre os particulares. Na verdade, mesmo quando se fala em efetivação de direitos fundamentais em relações horizontais, não se prescinde de certa *verticalidade*, eis que a pergunta “[...] a quem caberia garantir a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas?” vem encontrando

uma única e idêntica resposta num Estado constitucionalizado e, mais especificamente, na própria jurisdição constitucional. Como já ressaltado linhas acima, toda a administração pública brasileira e o direito administrativo nacional têm servido para o modelo liberal de proteção dos direitos individuais em face do Estado, mas não para a implementação de princípios e políticas consagrados na Constituição.<sup>24</sup>

O Estado brasileiro, como já mencionado, ainda é apontado internacionalmente como grande violador de direitos humanos. As três esferas funcionais do Estado nacional (embora tenham ocorrido avanços consideráveis) ainda possuem grande dificuldade em superar uma visão pouco democrática da vida em sociedade, em que o povo seja efetivamente (e não somente nos dizeres constitucionais) o proprietário do poder. Nesse passo, os direitos fundamentais previstos na Carta constitucional de 1988 não foram capazes, pela sua própria força normativa, de constitucionalizar o próprio Estado, que precisa ele mesmo ser constituído como Estado de direitos fundamentais.

Para citar alguns exemplos, o processo judicial, instrumento de efetivação da função jurisdicional do Estado, ainda não conseguiu se libertar de suas raízes autoritárias. O processo penal, de inquestionável matriz inquisitiva, tem se mostrado historicamente seletivo, alcançando apenas as camadas marginalizadas da sociedade e “imunizando” o poderio econômico e político de suas malhas. O processo civil, por seu turno, vem cada vez mais rejeitando o que possui de bom (a sua matriz acusatória), tendendo cada vez mais a aceitar pressupostos de inquisitorialismo, ficando preso à velha visão do processo como “instrumento” do Estado para “dirimir conflitos de interesses”, “pacificando a sociedade”, o que possui inquestionável conteúdo político-ideológico.

Se o Estado brasileiro e mais especificamente o seu Poder Judiciário pretendem fazer garantir os direitos fundamentais também nas relações privadas, distensionando a assimetria de poder existente na sociedade civil, primeiro precisarão adaptar o seu aparelho a respeitar os direitos fundamentais que vêm historicamente violando e, em segundo, construindo um processo judicial que supere as práticas tradicionais acima apontadas, tendendo a se tornar um *instrumento de concretização dos direitos fundamentais* em todas as esferas do próprio Estado e da sociedade civil.

Sem que haja uma reengenharia do aparelho do Estado e de seu ordenamento jurídico, tendente a constituir uma administração pública democrática e fundada verdadeiramente na soberania popular, o discurso dos direitos fundamentais não passará de um mero discurso e, pior, um discurso de legitimação de um aparelho de poder decrépito em sua essência. E essas grandes transformações devem partir do próprio Estado, ou seja, a partir da esfera do político, para irradiar-se sobre o domínio do econômico. Sem que as relações verticais Estado/cidadão sejam efetivamente constitucionalizadas, dificilmente haverá irradiação de direitos fundamentais nas relações horizontais entre particulares.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORDENAMENTO JURÍDICO

Outro grande obstáculo à realização dos direitos fundamentais é a forma como se estrutura o ordenamento jurídico e a forma dogmática com que os operadores do direito abordam o seu objeto de estudo. Apesar do seu *potencial de instrumento de transformação social* (eis que se vive sob a égide de uma constituição amplamente democrática), os operadores do direito insistem em manejá-lo como mero *reprodutor de uma ordem social vigente*, mantendo e reproduzindo velhos preconceitos e formas de dominação que não se coadunam como uma verdadeira democracia popular.

O direito possui caráter eminentemente *dialético*, podendo, conforme o caso, servir como instrumento de limitação do poder, mas também como instrumento de realização do poder, como sintetizava Norberto Bobbio ao afirmar que “[...] o objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas organizar a sociedade mediante a força”,<sup>25</sup> razão pela qual “[...] o Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos”.<sup>26</sup> Tanto melhor que os mais fortes sejam também os mais justos!

No entanto, como não se pode contar com a simples “bondade” dos homens, eis que o sistema jurídico não pode se fundamentar em meras posições subjetivas ou preferências dos sujeitos que intervêm na administração pública em geral e jurisdicional em particular. O ordenamento jurídico precisa, em primeiro plano, traduzir de forma

objetiva um conjunto estruturado de normas que garantam efetivamente a realização dos direitos fundamentais, permitindo que a partir deles os sujeitos acima referidos possam construir uma *práxis* constitucionalmente adequada à realização dos pressupostos de uma democracia verdadeira. Isso, evidentemente, demanda uma profunda mudança de mentalidade por parte dos operadores do direito, o que não é tarefa fácil de ser realizada. Eis que, como constatava Warat, “[...] a cultura estatizada produz indivíduos normalizados, articulados uns aos outros conforme sistemas hierárquicos, sistemas de valores e sistemas de submissão dissimulados”.<sup>27</sup>

Ora, o positivismo jurídico, ainda hegemônico nas Universidades de Direito e no foro judicial aborda os textos normativos como *pontos de chegada*, quando eles são apenas *pontos de partida* num regime constitucionalizado, constituindo um ordenamento jurídico *aberto* à ponderação de princípios. Tratando-os da primeira forma, acabamos buscando desesperadamente o seu significado intrínseco, como se os textos normativos possuíssem uma verdade intrínseca que poderia ser descoberta pela atividade intelectual do jurista e, quando isso não é realizado, ficaria evidenciada uma incapacidade intelectual de “interpretar corretamente a norma” por parte do sujeito do conhecimento.

Ao contrário, como pontos de partida, os textos normativos passam a ser entendidos como *programas abertos* para o mundo, ou seja, como programas que devem ser desenvolvidos pela atividade prática dos homens, dando origem às normas concretas (sentenças, decisões em casos particulares), que devem produzir soluções de problemas que garantam a efetividade dos direitos fundamentais.

Com isso não se está a pregar o subjetivismo absoluto daqueles que negam sentido objetivo às normas, delegando o sentido somente aos processos interpretativos, como queria Nietzsche, quando afirmava que não existiam fatos, mas somente interpretações sobre a realidade. Interpretar não é conferir *qualquer* sentido à norma, mas construir o seu sentido “*hic et nunc*” conforme as aspirações dos direitos fundamentais expressos na constituição e as necessidades da consolidação democrática do momento histórico, partindo-se de algo objetivamente colocado. É absolutamente importante que o ordenamento jurídico tenha concretude objetiva. Aqui, como bem lembra Alaor Caffé Alves,

é que adentra a variável específica do poder para a determinação do conteúdo do comando normativo, fixando-lhe os contornos impositivos, garantindo segurança, certeza, calculabilidade e previsibilidade nas relações sob sua tutela.<sup>28</sup>

Ora, se os textos normativos são pontos de partida, a definição do seu significado, na práxis, se operará também por meio de uma disputa de visões de mundo, de posições políticas e de ideologias. Ou seja, o direito vai se concretizar em meio a uma luta política que se opera também na teoria interpretativa. O texto normativo é um espaço de luta, um espaço aberto, embora tenha sido previamente colocado por aqueles que detêm o poder de estabelecê-lo, sujeitos que nem sempre correspondem àqueles cuja Constituição declara a titularidade do poder soberano.

A constitucionalização do ordenamento jurídico (afirmação que seria logicamente absurda perante a moderna ciência do direito, mas que não o é empiricamente quando observadas as sociedades concretas) passa por superar velhas barreiras e cristalizados preconceitos em torno de visões de mundo que não são meramente interpretativas, mas que são interpretações vinculadas a um compromisso (ainda que inconsciente) que, em última instância, se vincula aos interesses das classes dominantes, ou seja, visões e práticas que reproduzem e mantêm o “establishment”.

Somente assim se poderá aspirar àquilo que se vem chamando de efeitos irradiadores dos direitos fundamentais nas relações sociais, por intermédio do ordenamento jurídico positivo, sejam elas marcadas pela verticalidade (Estado/cidadão), seja pela horizontalidade (cidadão/cidadão ou cidadão/poderes privados), irradiação essa que, num regime de verdadeira democracia popular e vinculação estrita dos legisladores à vontade soberana, deveria significar irradiação do próprio ideal de justiça<sup>29</sup> a todo o ordenamento jurídico e dele para toda a sociedade realmente existente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade é unitária, síntese de múltiplas determinações concretas. Seria um erro afirmar que, em direito, haveria uma dualidade

entre teoria e prática. Ao contrário, teoria e prática são manifestações do mesmo processo de desdobramento do real no tempo/ espaço. No entanto, existe uma clara lacuna entre a programação oficial do direito e a sua efetivação prática, o que nos coloca a pergunta incômoda se a *programação oficial do direito* não passaria de um *discurso sobre a programação real do direito*, ou seja, um metadiscurso, com evidentes conteúdos ideológicos.

Ora, acreditamos que é nessa lacuna que se deve buscar compreender o funcionamento real do direito. A lacuna é o momento eminentemente negativo, ou seja, o momento que abre o caminho à síntese do real. Síntese do real que não aparece ao observador de forma imediata, mas que precisa também ela ser decifrada: *toda ciência seria supérflua se a essência e a aparência das coisas coincidissem imediatamente* (MARX).

Nesse sentido é que a democracia não é uma *coisa*, mas um *processo* em constante devir, ou seja, uma relação social que se vai construindo no tempo/ espaço e que não pode ser confundida com um discurso *sobre* a democracia que, longe de efetivá-la, parece sempre postergá-la para depois. A ideia-força dos direitos fundamentais, surgida com as revoluções que, uma a uma, foram consolidando a civilização burguesa, tem sofrido grandes transformações desde o advento das grandes declarações de direitos, como a francesa e a norte-americana. Agora parece ter adentrado aos cenários constitucionais como forma de fundamentar um regime baseado verdadeiramente na dignidade da pessoa humana.

No entanto, embora o discurso dos direitos fundamentais tenha avançado sobremaneira no Brasil, ainda existem defasagens históricas, políticas, jurídicas e sociológicas que devem ser superadas para a realização desses direitos. O Estado brasileiro é recordista internacional de violações a direitos fundamentais, não sendo justo imaginar que dessa forma possa se instrumentalizar para a efetivação desses valores. Por outro lado, parece menos justo ainda imaginar que direitos fundamentais possam se realizar sem a intervenção ativa da esfera do político nas relações sociais, o que coloca o desafio da construção de um Estado de direitos fundamentais apto a comandar esse processo de grandes transformações.

Portanto, um Estado constitucionalizado e uma jurisdição constitucional predisposta à realização efetiva dos direitos fundamentais podem jogar papel decisivo, colaborando para a consolidação de uma democracia possível, cuja caminhada obteve uma grande vitória em 1988, mas que apenas engatinha na história de um povo que aspira a uma nação livre, justa e solidária, desenvolvida e regionalmente harmônica, na qual se erradiquem a miséria e a marginalização, abrindo caminho para a plena realização dos potenciais de cada um de seus membros.

## NOTAS

- 1 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 517.
- 2 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 167.
- 3 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 77.
- 4 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196.
- 5 Ibidem, p. 201.
- 6 FURTADO, Celso. **A pré-revolução brasileira**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962. p. 78.
- 7 BERCOVICI, op. cit., p. 11.
- 8 AGUIAR, Roberto A.R. de. **Direito, poder e opressão**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990. p. 153-157.
- 9 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.
- 10 POULANTZAS, Nicos. **Fascismo e ditadura**. São Paulo: Martins Fontes, 1978. p. 344.
- 11 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 13 e HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 103.
- 12 MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, La Rioja, n. 7, p. 315-327, 2003. p. 324.
- 13 VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, Brasília, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007. p. 11-12.
- 14 Somente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil já foi condenado nos casos Damião Ximenes, Sétimo Garibaldi, Guerrilha do Araguaia, extensão da lei de anistia aos torturadores do Regime Militar (decisão do STF) etc. Esses casos representam uma ínfima amostra da violação de direitos fundamentais no Brasil, que chegaram a ser conhecidos porque julgados pelo organismo internacional.
- 15 KHAN, Mahvish Rukhsana. **Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram**. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008, p. 17. Para a fundamentação de um Direito Penal do Inimigo, cf. JACOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Para a crítica dessa construção teórica, cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- 16 ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 18.
- 17 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 85.
- 18 BONAVIDES, op. cit., p. 39.

- 19 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saravia, 2004. p. 142.
- 20 GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios brasileiros na era dos gigantes**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p. 108.
- 21 SARLET, Ingo Wolfgan. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 381 e ss.
- 22 ALEXY, op. cit., p. 540.
- 23 ALEXY, op. cit., loc. cit.
- 24 BERCOVICI, op. cit. p. 77.
- 25 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 70.
- 26 BOBBIO, op. cit, p. 67.
- 27 WARAT, Luis Alberto. O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas. In: \_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 62.
- 28 ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e direito: linguagem, sentido e realidade: fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito**. Barueri, SP: Manole, 2010. p. 152.
- 29 ALEXY, op. cit., p. 544.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A.R. de. **Direito, poder e opressão**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e direito: linguagem, sentido e realidade: fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito**. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 152.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 70.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.



\_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saravia, 2004.

FURTADO, Celso. **A pré-revolução brasileira**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios brasileiros na era dos gigantes**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Tecnos, 2002.

JACOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KHAN, Mahvish Rukhsana. **Diário de Guantánamo: os detentos e as histórias que eles me contaram**. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuário iberoamericano de justicia constitucional**, La Rioja, n. 7, 2003.

POULANTZAS, Nicos. **Fascismo e ditadura**. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, Brasília, n. 39, out./dez. 2007.

WARAT, Luis Alberto. O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas. In: \_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. São Paulo: Boitempo, 2008.

Artigo recebido em: 7-5-2013

Aprovado em: 29-5-2013