# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

**MARCOS LEITE GARCIA**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos humanos e efetividade:
fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Lucas Gonçalves da Silva; Marcos Leite Garcia.
– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-620-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos humanos e efetividade. 3. Fundamentação e processos participativos. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

---

## Apresentação

Apresentação

Após três anos sem os Congressos na forma presencial de nossa associação nacional de professores de pós-graduação stricto sensu, mantivemos os mesmos no formato virtual - o que foi muito válido-, mas sem nenhuma dúvida é para todos nós uma grande alegria e satisfação participar e reencontrar pessoalmente aos amigos e colegas. Como corresponde aos anseios da Comunidade Acadêmica do Direito de seguir construindo uma sociedade democrática, tolerante, mais justa e plural, a presente obra reúne trabalhos que previamente foram aprovados pelos avaliadores da comunidade científica do Conpedi (com a devida dupla revisão cega por pares) para o Grupo de Trabalhos Direitos Humanos e Efetividade: fundamentação e processos participativos. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 7 de dezembro de 2022, no Campus de Balneário Camboriú da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), situado na Quinta Avenida, 1100, no Município catarinense de Balneário Camboriú, durante a realização do XXIX Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direitos Humanos e Efetividade, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais diversos e atuais temas: a fraternidade como fundamentos dos direitos humanos; a mediação de conflitos e pacificação da sociedade civil; a garantia da dignidade da pessoa humana dos pais no registro de natimorto; a mediação intercultural para a questão dos imigrantes; a solução amistosa de conflitos mediante a Comissão Interamericana e Direitos Humanos; As questões que envolvem as ADPF 347/2015 e ADPF 973/2022 como solução de controvérsias sobre direitos humanos; o direito de acesso à informação; direitos humanos e empresa; a controvérsia das empresas minerados como financiadoras de campanhas presidenciais; o direito à educação no Brasil; o fortalecimento do Estado democrático no Brasil; a tutela dos direitos de personalidade amparada em negócios jurídicos processuais; os fatores para a efetivação de direitos humanos quanto aos discursos.

Considerando esse vasto e interessante universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de

cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no tema. Nós, os coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos Humanos e Efetividade, ficamos muito satisfeitos com a qualidade dos trabalhos apresentados.

Boa leitura e todos!

Balneário Camboriú, dezembro de 2022.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (Universidade Federal de Sergipe)

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia (Universidade do Vale do Itajaí)

# VERBAS E VERBOS: FATORES PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS SUBSTANTIVOS

# FUNDS AND VERBS: FACTORS FOR THE REALIZATION OF SUBSTANTIVE CONSTITUTIONAL RIGHTS

**Laura Melo Zanella Felipe** [1]

**Resumo**

A evolução das teorias constitucionais deu ensejo ao desenvolvimento de noções importantes tangentes à temática da normatividade da Constituição. A relação de oposição por vezes atribuída às diferenças entre as ideias defendidas por Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse não obsta uma abordagem conjunta de suas contribuições, com o escopo de avaliar os fatores que distinguem ou compatibilizam a Constituição jurídica e a real e que condicionam a efetivação de direitos constitucionais substantivos, especialmente daqueles entabulados pela Constituição Federal brasileira de 1988. Passando pela dialeticidade dos paradigmas que informam as concepções em torno da normatividade das disposições constitucionais e dos pressupostos de sua realização, com destaque para os modelos de teor pós-positivista, o presente artigo se propõe a abordar, à luz das teorias do custo dos direitos, dos deveres fundamentais e da vontade de Constituição, sob quais moldes e condições se dão a participação do Estado, de um lado, e dos cidadãos e instituições, de outro, na busca pela efetivação dos direitos constitucionais substantivos. A partir de revisão de bibliografia pertinente, remete-se às verbas orçamentárias e às condutas necessárias a esta finalidade.

**Palavras-chave:** Direitos constitucionais substantivos, Fatores reais de poder, Força normativa da constituição, Custo dos direitos, Deveres fundamentais

**Abstract/Resumen/Résumé**

The evolution of constitutional theories gave space to the development of important notions related to the normativity of the Constitution. The relationship of opposition sometimes attributed to the differences between the ideas advocated by Ferdinand Lassalle and Konrad Hesse does not prevent a joint approach to their contributions, with the aim of evaluating the factors that distinguish or reconcile the legal and real constitutions and that condition the realization of substantive constitutional rights, especially those established by the Brazilian Federal Constitution of 1988. Based on the dialectical nature of the paradigms that inform the conceptions surrounding the normativity of constitutional provisions and the assumptions for their realization, with emphasis on post-positivist models, this article aims to address, in light of the theories of the cost of rights, of fundamental duties and of the will of Constitution, under what terms and conditions the participation of the State, on the one hand, and of citizens and institutions, on the other, takes place in the search for the realization of

[1] Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru mantido pela Instituição Toledo de Ensino

substantive constitutional rights. Based on a review of the pertinent bibliography, this paper refers to budget funds and the necessary conducts to this end.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Substantive constitutional rights, Actual relation of forces, Normative force of the constitution, Cost of rights, Fundamental duties

## 1 INTRODUÇÃO

O extenso elenco de direitos substantivos previstos pela Constituição Federal brasileira de 1988 contempla diversos conteúdos e alça ao patamar constitucional a proteção destas garantias, refletindo o grau de primazia a elas atribuída. Em que pese seja significativa a sua previsão neste diploma, a enunciação de princípios e regras pelas cartas constitucionais, por si só, não pode ser considerada suficiente para sua conversão na forma de realidades verificáveis. Com efeito, importa que se levem em conta outros fatores que impactam sobre o caráter normativo da Constituição.

Nesta seara, destacam-se as contribuições de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, sobretudo pelo desenvolvimento das noções de "fatores reais de poder" e "força normativa da Constituição", respectivamente. Estes autores apresentam diferentes perspectivas acerca da correspondência da Constituição com a realidade e das relações que entre elas se estabelecem, sendo frequentemente identificados como opostos. De toda sorte, o reconhecimento dos elementos que permeiam a experiência constitucional é de grande valia para avaliar as lacunas, entraves, lições e desafios que se impõem.

As propostas para materialização das disposições constitucionais, mormente dos direitos entre elas estipulados não prescindem de um diagnóstico acerca de questões mais basilares. Teorizações com este escopo demandam, num primeiro momento, uma avaliação sob o critério da positividade ou negatividade desses direitos, identificando-se o grau de participação do Estado, qual o papel dos demais sujeitos envolvidos - sejam cidadãos, autoridades, instituições públicas ou privadas – e, ainda, quais as implicações que daí surgem.

A partir do exame destes aspectos, se constatam os recursos a serem empenhados para a consecução destes objetivos, abordando-se, nesta oportunidade, as verbas e os verbos cuja conjugação tem se apresentado necessária à luz da teoria dos custos dos direitos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019; GALDINO, 2005), dos deveres fundamentais (NABAIS, 2012) e da vontade de Constituição (HESSE, 1991).

A relevância acadêmica do trabalho se revela na proposta de confrontar teorias tangentes à temática, fixando marcos teóricos pertinentes sem dispensar um breve escorço da evolução que culminou em sua concepção, tudo no bojo de uma metodologia de revisão bibliográfica de cunho qualitativo. O empreendimento deste estudo se justifica na premente importância de se discernirem quais as variáveis componentes da equação que descreve a realidade constitucional, com o fito de se identificar a via a ser enveredada para se forjar um cenário adjetivado pela efetividade dos direitos constitucionais substantivos.

## 2 OS FATORES REAIS DE PODER E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Numerosos e profícuos são os debates concernentes à teoria constitucional e que tocam em questões correlatas à efetividade das Constituições, com especial ênfase para os direitos fundamentais por elas entabulados. Com efeito, as experiências históricas apresentam diferentes configurações, nas quais a Constituição assume - ou a ela são atribuídas - feições e funções distintas, de modo que alcançar um consenso com relação a estes tópicos constitui uma pretensão bastante ambiciosa e, destaque-se, não é o objetivo deste estudo.

As contribuições de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse nesta seara representam pontos de vista diversos e que frequentemente são considerados opostos. Suas lições têm em comum o fato de persistirem ecoando conceitos e percepções atinentes à essência, ao papel e aos atributos da Constituição, máxime abordando os conceitos de "fatores reais de poder" e "força normativa da Constituição", respectivamente, sobre os quais convém ponderar.

Identificar a essência da Constituição, no entendimento de Lassalle, não é missão que se possa cumprir por meio da simples observação do conteúdo material de uma determinada carta constitucional, tampouco elencando as características jurídicas que um diploma como este geralmente ostenta. Tais caminhos podem apenas indicar como se forma ou o que faz uma Constituição, mas não o que é, ou qual sua essência. Responder a esse questionamento, todavia, é indispensável para que se possa julgar uma Constituição quanto à sua justiça, durabilidade e qualidade (LASSALLE, 2007).

Conforme o autor (LASSALLE, 2007), a Constituição é uma lei fundamental, básica, que consubstancia o alicerce para as outras leis, irradiando-se através delas. O autor a designa como necessária, isto é, uma "força eficaz e determinante" (LASSALLE, 2007, p. 10) que faz com que as coisas sejam de um determinado modo, necessariamente, e não de outro. É dizer, por causa da Constituição, as leis e instituições jurídicas de um país serão de um jeito e não poderão contrariá-la.

Formulada esta concepção, Lassalle se questiona se existe em algum país essa força ativa determinante sobre as leis e instituições, que as obrigue a serem conformadas aos seus moldes. Neste ponto, ele defende um dos pontos principais de seu raciocínio: a Constituição de um país é, essencialmente, a soma dos fatores reais de poder, que informa as leis e instituições jurídicas, determinando como a sociedade se regerá (LASSALLE, 2007).

O teórico alemão esclarece que a Constituição jurídica surge quando esta soma é convertida por escrito no papel, na forma de leis e instituições jurídicas. Não se declara

explicitamente que determinados sujeitos em posições de poder são parte da Constituição ou que alguns direitos serão mitigados, mas isso se estabelece de outra forma mais sutil e diplomática (LASSALLE, 2007).

A versão escrita, no entanto, nem sempre foi exigida. O fato de atualmente se prezar pela "Constituição de papel", escrita, de natureza documental decorre de transformações que impactaram os fatores reais de poder. Estes, contudo, sempre existem, embora em diferentes configurações em cada momento histórico, a depender dos processos de dominação e subjugação, na medida em que as mudanças sociais afetam o resultado da soma destes fatores. São eles, enfim, que substanciam a denominada "Constituição real", conforme defende o autor (LASSALLE, 2007).

A correspondência com esta Constituição real é o critério pelo qual se avalia se uma Constituição escrita é boa e duradoura, somando-se ao seu enraizamento nos fatores de poder predominantes numa dada sociedade. Tal como afirma Lassalle (2007, p. 37), "de nada servirá o que se escrever numa folha de papel se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder". Em decorrência disto, não terá utilidade para a realidade material a Constituição escrita que não se qualificar por esta identificação com as relações de poder, pois será superada pela Constituição real por elas informada. Em conclusão, ele defende que:

> Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar (LASSALLE, 2007, p. 40).

Konrad Hesse, em sua obra "A Força Normativa da Constituição" (1991), expõe um raciocínio contrastante – não necessariamente contrário - com relação àquele defendido por Ferdinand Lassalle. Para ele, no embate entre as forças do poder e a Constituição, esta não se encontra em posição de desvantagem. Ela não é apenas um pedaço de papel, mas, por causa de alguns pressupostos realizáveis, tem força normativa.

Antes de esclarecer a sua teoria, o autor discorre acerca da tese de Lassalle, introduzindo esta concepção a partir da premissa segundo a qual as forças políticas se movimentam conforme seus próprios interesses, independentemente das formas jurídicas. Nesta conjuntura, há um conflito permanente em virtude do qual a normatividade jurídica sempre se submete à realidade fática. Trata-se, no entender de Hesse (1991), de uma negação da Constituição jurídica e até mesmo do próprio Direito Constitucional como ciência jurídica, afinal este não se prestaria a formular uma ordem estatal, mas apenas a justificar as relações de

poder dominantes numa dada sociedade; ou seja, não se trataria de uma ciência normativa, mas de uma ciência do ser, como a sociologia e a antropologia.

Em sentido diverso, Hesse (1991) apregoa a existência de uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado: a força normativa da Constituição. Com ela, se dá um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, com seus fatores reais de poder.

O autor assinala a importância de se levar em conta tanto a ordenação normativa como os fatores políticos e sociais para se analisar se a Constituição possui uma força própria, para além da conjugação de poderes vigentes num determinado momento. Isso porque, do ponto de vista exclusivamente jurídico, apenas se examinará a vigência de uma lei, enquanto sob o ângulo estritamente político, se desprezará o significado da ordem normativa. Qualquer destas opções, ignorando a outra, figuraria como uma separação infértil e perigosa entre o ser e o dever-ser (HESSE, 1991).

Deveras, a norma constitucional não existe independentemente da realidade, até porque sua pretensão de eficácia é condicionada por sua aderência às condições naturais, técnicas, econômicas e sociais da realidade histórica que almeja regular, bem como os fatores axiológicos sustentados pela comunidade. Ainda assim, importa destacar que a Constituição não se confunde com suas condições de vigência, não sendo mero reflexo delas, mas procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. É determinada por e determinante para a realidade social, razão pela qual a equação entre a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição resulta numa relação de coordenação, porém não de interdependência exclusiva (HESSE, 1991).

A relação da Constituição jurídica com a realidade revela as possibilidades e limites de sua realização, sendo que a racionalidade normativa, por si só, não tem o poder de garantir a elaboração de uma Constituição duradoura e útil, ao desconsiderar os elementos e forças da realidade fática, o que Hesse expressa ao afirmar que:

> [...] a razão possui capacidade para dar forma à matéria disponível. Ela não dispõe, todavia, de força para produzir substâncias novas. Essa força reside apenas na natureza das coisas; a razão verdadeiramente sábia empresta-lhe estímulo, procurando dirigi-la [...].
> A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. [...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida" (HESSE, 1991, p. 16-18).

Neste tópico parece haver uma convergência entre a teoria dos dois autores, mas Hesse dá um passo além, acrescentando outro dado muito importante para a realização da Constituição, além da observância da realidade fática: trata-se da denominada "vontade de Constituição", que designa a disposição da consciência geral (principalmente dos responsáveis pela ordem constitucional) de concretizar os comandos dados pela norma constitucional.

Sua origem remete à necessidade e ao valor de uma ordem normativa sólida, bem como à compreensão de que a ordem constitucional se submete a um constante processo de legitimação. Esta vontade de Constituição, neste sentido, está atrelada à consciência acerca da importância do concurso da vontade humana traduzida em atos de vontade (HESSE, 1991).

O jurista alemão fixa alguns pressupostos que considera essenciais para o bom desenvolvimento da forca normativa da Constituição. Em primeiro lugar, pontua que quanto mais o conteúdo da Constituição tiver correspondência com a natureza singular do presente, mais segurança haverá para o desenvolvimento de sua força normativa, vislumbrando-se os elementos fáticos associados ao espírito de seu tempo, conciliados em benefício da adesão e do apoio da consciência geral. Avalia-se como positiva a hipótese em que este conteúdo se constituir essencialmente de poucos princípios fundamentais, porque, com a disposição de fazê-los evoluir, a Constituição se manterá ainda que sobrevenham transformações da realidade. Além disso, é importante haver ponderação para que não seja incorporado apenas o que favorece interesses unilaterais, mas que também se contemple a parte contrária, com o estabelecimento de deveres (HESSE, 1991).

Atento à segurança jurídica e defendendo que a realização da Constituição não depende só de seu conteúdo, mas também da vontade de Constituição, Hesse (1991) assevera que não convém revisar constantemente o texto constitucional, ao passo que isso pode refletir um gesto de curvar-se aos interesses momentâneos em detrimento da solidez da ordem. A interpretação adequada da Constituição é aquela que consegue concretizar o sentido da proposição normativa tendo em vista as condições reais dominantes, motivo pelo qual uma mudança das relações fáticas provoca mudança na interpretação também, mas respeitando o limite imposto pelo sentido da proposição – mantendo-se sua força normativa e sua estabilidade.

A força da Constituição também encontra limites, que não podem ser por ela suprimidos. No entanto, se as forças limitantes se renderem à vontade de Constituição, este diploma consegue se preservar, protegendo o Estado contra os arbítrios e caprichos de interesses particulares. Por tudo isso, para Hesse (1991), a Constituição não é apenas um pedaço

de papel. Ela não é necessariamente desvinculada da realidade fática, nem completamente determinada por ela. Não é sempre o lado mais fraco.

Entre as decorrências da concepção de Hesse (1991) está a manutenção do caráter científico do Direito constitucional, que não é uma ciência da realidade (como a Sociologia) nem meramente normativa (como prega o positivismo formalista). Deve, sim, haver consciência e respeito aos seus limites, especialmente porque a força normativa da Constituição é apenas uma daquelas que influenciam a realidade do Estado e a sua eficácia depende da satisfação dos pressupostos realizantes expostos.

Atribui-se ao Direito Constitucional a função de promover a vontade de Constituição, que é a maior garantia de sua força normativa, na visão compartilhada por Konrad Hesse (1991). Ele o faz quando explicita as condições sob as quais as normas dessa natureza alcançam maior eficácia, dando ensejo ao desenvolvimento da dogmática e da interpretação.

A Constituição é encarada com muita seriedade e a argumentação acerca dela tem significado e peso particulares perante os entes públicos e o povo. Mesmo os agentes promotores de interesses de outras naturezas (como partidos políticos, tendentes a priorizar a política) também se submetem à ordem constitucional e outras normas e áreas do Direito recebem os reflexos da ordem instituída por meio deste diploma (HESSE, 1991).

Ainda assim, a força normativa da Constituição depende da satisfação de alguns pressupostos relativos à prática e ao conteúdo da Constituição. Quanto à prática, é necessária a vontade de Constituição. Ela é de especial importância em contextos em que a força da Constituição é provada, como em situações de crise e tensão.

Em que pese com grande frequência a academia posicione os dois autores referidos em lados contrários, como se apregoassem visões mutuamente excludentes ou absolutamente incompatíveis, na realidade pode-se admitir um ponto de vista diverso, que concebe estas teorias como ângulos distintos da questão, que não necessariamente se opõem. Enquanto Lassalle descreve uma teoria embasada na análise da experiência pretérita, inclusive permeando a defesa de suas ideias com relatos de acontecimentos passados, Hesse oferece uma visão mais otimista e que enfoca nas possiblidades futuras. Ao passo que o primeiro apresenta um discurso descritivo, o último emprega um tom prescritivo:

> É de se apontar que a análise lassaliana coloca-se não como prescritiva ou normativa do que deve ser uma constituição, mas sociológica e especialmente critica aquela realidade política e jurídico-política vivida no mundo alemão de meados do século XIX.
> Assim, Hesse, de sua parte, [...] assinala, de modo um tanto prescritivo, que no choque entre os fatores reais de poder e a Constituição, não há, necessariamente, prevalência absoluta daqueles sobre esta, de modo que se

> contrapõe à clássica definição do líder socialista "da Constituição como mera folha de papel" (BIELSCHOWSKY, 2021, p. 459).

A valer, as noções desenvolvidas pelos autores podem ser conciliadas numa formulação que reconheça a influência dos fatores reais de poder atinentes à realidade concreta sobre a elaboração da Constituição, a regulamentação legal de normas programáticas e sua implementação material, especialmente no que concerne às possiblidades e limites da efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. De outra banda, é possível e desejável que se reafirme a robustez da força normativa da Constituição, a ser manifesta na consciência geral e em ações práticas que transpareçam a vontade de Constituição.

## 3 A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS SUBSTANTIVOS SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 elencou uma vasta gama de direitos e garantias, individuais e coletivos, com diversos conteúdos, a transparecer os valores prezados pela sociedade, inclusive reafirmando alguns já ameaçados em momentos históricos passados. Direitos substantivos ou materiais, bem como os adjetivos ou formais, são alçados a um elevado patamar quando enunciados pela Carta Maior, gozando de características que os colocam em posição de primazia e função legitimadora de outros direitos, até mesmo como parâmetro hermenêutico. Outras características identificadas entre eles são a universalidade, a generalidade, a indisponibilidade e a interdependência, a indicar o significado a eles atribuído pela ordem constitucional brasileira atual (SAMPAIO, 2013).

Em que pese a inquestionável relevância da previsão destes direitos no diploma de mais alta prioridade no bojo do ordenamento jurídico, não se pode assumir que a prescrição normativa invariavelmente garantirá a sua materialização no seio social, na dimensão da realidade. Oportunas são as ponderações de Lassalle e Hesse exploradas no tópico anterior, na medida em que suscitam reflexões a respeito de aspectos que impactam sobre essa questão tangente à efetividade dos direitos de jaez constitucional.

De fato, há momentos históricos em que se constata uma prevalência dos fatores reais de poder como determinantes da efetividade das disposições constitucionais. A exemplo disso, o Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 517) rememora as vésperas da convocação da Assembleia Constituinte de 1988, quando a implementação do Estado de Direito que se pretendia consolidar no Brasil fracassava em virtude da pouca preocupação – se havia alguma

– com a aderência da Constituição com a realidade que pretendia regular. A grande lacuna entre o ser o dever-ser não suscitava maiores inquietações na medida em que "buscava-se, na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce" (BARROSO, 2015, p. 517).

A constitucionalização simbólica, usualmente ilustrada pela hipertrofia do sistema político sobrepondo-se ao jurídico, em situações como esta favorece os interesses dos detentores de poder, fazendo os fatores reais de poder sobrepujarem a força normativa da Constituição. Por meio de fórmulas de compromisso dilatório, confirmação de valores de determinados grupos, por exemplo, a existência de uma Constituição meramente simbólica pode fragilizar todo o sistema já que seu conteúdo jurídico fica subjugado a poderes de outras naturezas.

Um panorama em que se semeiam estas condições colherá problemas como as relações de subinclusão – que acometerá aqueles que mais dependem da lei e dos seus mecanismos de efetivação, limitando seu acesso - e de sobreinclusão – que privilegiará grupos que dependem menos daquelas ferramentas e se colocam acima das limitações e sanções impostas pelo sistema. Neste cenário, os direitos substantivos bem como toda a ordem constitucional restam enfraquecidos pela insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional (NEVES, 1994).

A "doutrina brasileira da efetividade" foi o movimento que se engendrou no país com a finalidade de promover algumas mudanças para contrariar as mazelas que comprometiam a implementação de seus valores e disposições. Esta teoria fomentou o reconhecimento da normatividade da Constituição, assentou o Direito Constitucional como autônomo, com seu próprio objeto e, ainda, robusteceu o âmbito institucional, enfatizando o papel do Poder Judiciário na promoção dos valores e direitos de teor constitucional em prol da cidadania (BARROSO, 2015, p. 518).

Este movimento foi alavancado pelo positivismo constitucional, enfocado especialmente nas questões atinentes às relações entre os poderes – separação de poderes, distribuição de competências - mas com a evolução das teorizações, passou a coexistir com outros modelos doutrinários de alicerces pós-positivistas e seu centro gravitacional, como explica Paulo Bonavides (2011, p. 599), "se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social".

Este paradigma foi o marco filosófico do neoconstitucionalismo, que questionou a separação entre Direito, política e moral sob o argumento de sua influência mútua, a despeito

de sua autonomia enquanto domínios distintos e com critérios e categorias próprios (BARROSO, 2015). Neste ponto, aspectos que assumiram inconteste relevância foram as ponderações em torno dos princípios, cuja natureza normativa passou a ser admitida, a reinserção dos valores com a formulação de novos padrões hermenêuticos, a retomada da razão prática e da argumentação jurídica, bem como a construção de uma teoria dos direitos fundamentais sobre a pedra angular da dignidade da pessoa humana.

A jurisdição constitucional se expandiu, ao passo que a transformação teórica também desaguou na construção de uma nova interpretação constitucional, considerando os princípios, valores, a possiblidade de colisão e de adoção da ponderação como técnica de solução de conflitos. Sobretudo, esta evolução se vislumbra na reafirmação da força normativa da Constituição, posicionando-a ao centro do sistema jurídico, de onde irradia seus abrangentes efeitos, e ainda servindo como filtro para a interpretação e aplicação das disposições dos demais ramos do Direito (BARROSO, 2015, p. 521-522).

Embora a doutrina que reflete essa evolução teórica e dogmática não aponte explicitamente para o embate entre os "fatores reais de poder" designados por Ferdinand Lassalle e a "força normativa da Constituição" defendida por Konrad Hesse, estes elementos permeiam as relações estudadas, as premissas adotadas e os modelos propostos. Quando se remete a uma Constituição jurídica que não consegue superar os entraves impostos para se tornar real, identifica-se a atuação (positiva ou negativa, pela omissão) de grupos e interesses predominantes numa dada sociedade, subordinando disposições constitucionais e legais à condição de simples enunciados ou conformando-as às suas inclinações e desígnios particulares ou de grupo. As experiências relatadas por Lassalle (2007) se repetem historicamente em outras épocas e países e em variados graus, sendo possível, inclusive, identificar semelhanças com momentos vivenciados pelo constitucionalismo brasileiro.

O novo direito constitucional, por outro lado, procurando reentronizar a Constituição em seu posto de supremacia formal e material, axiológica, pretende revigorar a sua força normativa de modo que sua abertura cognitiva com relação aos demais sistemas não ameace usurpar sua posição enquanto centro do sistema jurídico, norte interpretativo, filtro valorativo e instrumento de reafirmação e efetivação de direitos.

Impera, nesta conjuntura, que a força da Constituição se consubstancie na congregação de alguns aspectos da concretude, de modo que a realidade com efeito seja um reflexo coerente da ordem pretendida, especialmente com a efetivação dos direitos substantivos por ela preceituados. Traçadas as noções até aqui abordadas, passa-se a tratar adiante de dois destes

elementos, quais sejam, as *verbas* e os *verbos* que devem ser conjugados com o intuito de se contemplarem estes objetivos de maneira prática, realista e sustentável.

## 4 VERBAS: DOS CUSTOS FINANCEIROS DOS DIREITOS

Consideradas as noções tangentes à força normativa própria da Constituição e aos fatores reais de poder atuantes numa dada sociedade, é imperativa uma abordagem que verse sobre as verbas, isto é, os recursos financeiros que permeiam a discussão. O dinheiro pode ser um fator catalisador ou limitante à efetivação dos direitos, a depender do ponto de vista e do modelo teórico professado.

Em primeiro lugar, insta pontuar que a compreensão a respeito da imprescindibilidade do empenho de verbas para a consecução de direitos passa pelo conhecimento das categorias dos direitos negativos e positivos. Em suma, eles aludem, respectivamente, àqueles direitos que independem completamente da atuação do Estado e, por outro lado, àqueles que necessitam de prestação estatal e têm custos, como esclarece Flávio Galdino (2005).

O autor se propõe a examinar a evolução das ideias em torno dessas noções no Brasil, com o intuito de lançar as bases da compreensão sobre a teoria do custo dos direitos enquanto representativa do amadurecimento da concepção atual a respeito dos direitos (GALDINO, 2005).

Passando por diversos modelos teóricos, percebe-se que, de início, o pensamento jurídico era completamente indiferente ao caráter positivo da atuação estatal e dos custos que ela implica em favor da efetivação dos direitos. Com efeito, não se cogitava da necessidade de prestações estatais, mas apenas em abstenção do poder público para o desfrute e exercício dos direitos e liberdades. Em avanço, a constatação empírica propicia o reconhecimento de que algumas situações jurídicas demandam, sim, a atuação do Estado, ainda que a exigibilidade de sua concretização não tenha sido imediatamente admitida. Tal percepção coincide com o surgimento, ao menos dogmático, dos chamados direitos sociais.

Em seguida, com o modelo teórico da utopia (GALDINO, 2005), implicitamente se assume a inesgotabilidade dos recursos públicos como premissa, de modo que os custos financeiros atrelados à efetivação dos direitos são alheios ao conceito de direito, prescindindo da verificação das possibilidades reais de sua concretização. Tal construção exibe forte caráter normativista, realçado pela crença de que o plano normativo é suficiente para a solução dos problemas reais, de modo que a necessidade ou não de prestação estatal é irrelevante, tal como a distinção entre direitos positivos e negativos.

Sendo incompatível com a viabilidade prática, esta concepção deu lugar à percepção da limitação dos recursos, voltando à pauta a distinção sob o critério da positividade dos direitos. Segundo Galdino (2005) o Estado Social, nesta fase, se renova na forma de um Estado Social Fiscal, em que o equilíbrio orçamentário é prezado e se suplanta a ideia de um universo jurídico selado, isolado dos aspectos e capacidades materiais. Embora a assunção da existência de custos e da finitude dos recursos já represente um avanço, esta teoria ainda se baseou numa compreensão incompleta sobre os custos, enxergando-os tão-somente como limites à efetivação dos direitos. Para o autor, o ângulo pelo qual este modelo contempla a questão "reduz as potencialidades que a correta compreensão dos custos dos direitos faculta ao pensamento jurídico e à prática institucional" (GALDINO, 2005, p. 193).

A sofisticação teórica em que culmina este processo evolutivo é alcançada no modelo mais detidamente analisado por Holmes e Sunstein em sua obra "O custo dos direitos: por que a liberdade depende de impostos" (2019). Na compreensão destes autores, todos os direitos são positivos, isto é, demandam alguma prestação estatal e têm custos a eles atrelados, o que redunda em importantes consequências.

Embora por tanto tempo se tenha sustentado que, no que concerne a certa classe de direitos, a postura do Estado consistia em mera abstenção, para os autores, todos os direitos dependem de uma atuação estatal, seja para seu reconhecimento, promoção, proteção ou preservação. Holmes e Sunstein (2019) ilustram esta ideia a partir de diversos exemplos, como o emprego de recursos estatais para proteger o patrimônio dos cidadãos de um incêndio, ou as despesas com segurança pública para preservação da propriedade privada contra atos delituosos de terceiros e, concomitantemente, para conferir tratamento digno aos detentos em cumprimento de pena.

Direitos sociais como a educação, a saúde e a moradia, entre tantos outros enunciados pelo ordenamento jurídico, por diversas vezes são proporcionados aos indivíduos por meio do oferecimento de serviços públicos. No entanto, aquela parcela que não se matricula em escolas do sistema de educação pública, tampouco realiza tratamento de saúde nas unidades públicas, por exemplo, frequentemente acredita, equivocadamente, que não precisa da atuação do Estado para usufruir de seus direitos.

Esta percepção é viciada, na medida em que todo cidadão desfruta de condições criadas justamente em virtude de ações positivas da Administração Pública. O processo legislativo que positiva normas e as insere no ordenamento vigente é presidido e orientado pelo Estado. Os trabalhos de fiscalização e controle empreendidos pelas agências reguladoras contemplam a coletividade, de maneira que desde a pureza da água destinada a consumo

humano até a distribuição de medicamentos e vacinas não prescinde da prestação estatal. O poder de polícia, os investimentos em infraestrutura e saneamento básico, a preservação do meio ambiente, todos são exemplos de atuações do Estado visando à proteção de direitos além daqueles individuais, outrora tipificados como negativos.

É de se concluir, nesta toada, que não há direitos negativos: mesmo as liberdades individuais dependem de atuação estatal financiada por contribuições coletivas que são geridas pelo poder público (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Neste campo de convergência entre direito e economia, concebe-se, enfim, a necessidade de se considerarem, de um lado, as demandas vigentes e, de outro, os recursos disponíveis, confrontando-os e buscando um ponto de equilíbrio amparado em escolhas que otimizem essa relação. Esta equação não favorece apenas os direitos sociais, mas também é fundamental para a preservação das liberdades individuais, tratando-se todos estes de direitos positivos.

Existe um certo tabu em torno desta questão, tratando-se de um tópico tido como sensível, como se fosse ofensivo conceber que a implementação dos direitos demanda alguma troca e possui implicações de alguma forma onerosas. Não obstante, ignorar esta verdade não a torna uma ficção e pode ocasionar efeitos catastróficos. Certamente se apreciaria muito um cenário em que os direitos fossem gratuitos e sua perseguição fosse livre de quaisquer reservas, mas o mundo real reclama por soluções factíveis e sustentáveis.

Distinguindo-se questões contábeis e orçamentárias daquelas de ordem moral e política, há que se compreender que avaliar os custos dos direitos não é o mesmo que ponderar sobre o quanto eles valem (HOLMES; SUNSTEIN, 2019). Na verdade, trata-se de condição *sine qua non* para a devida apreciação dos direitos num contexto de restrições, oportunizando-se o redimensionamento da extensão de sua proteção, sob os critérios das condições econômicas existentes.

Identificar os custos é essencial para se orientarem as escolhas públicas, elegendo a melhor destinação possível para aquilo de que o Estado dispõe (GALDINO, 2005). Como bem pontuam Holmes e Sunstein (2005, p. 75), "para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos". Além disso, os custos dos direitos devem compor o próprio conceito dos direitos fundamentais, sob uma perspectiva pragmática, o que incentivaria um exercício mais responsável dos direitos pelos cidadãos (GALDINO, 2005).

Escorado sobre a defesa de que todos os direitos são positivos, tal como elucidado anteriormente, Flávio Galdino explicita que, verdadeiramente, a atuação estatal é

imprescindível e, ao mesmo tempo, dependente das verbas orçamentárias que possibilitam sua continuidade:

> Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita (GALDINO, 2005, p. 204).

No mesmo sentido, Holmes e Sunstein (2019, p. 35) lecionam:

> O financiamento de direitos básicos por meio da renda tributária nos ajuda a ver claramente que os direitos são bens públicos: serviços sociais pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo, cujo objetivo é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual.

No Brasil, o Estado está envolvido em diversas frentes de atuação, sendo que a esfera pública contempla atividades relacionadas à assistência social e à previdência, à organização agrária e gestão ambiental, indústria, energia, habitação, saúde, educação, saneamento básico e infraestrutura, trabalho, comunicação, comércio e serviços, transporte, urbanismo, cultura, segurança pública, defesa nacional, ciência e tecnologia, entre outras[1].

Na existência de tantas funções a desempenhar, é vital que o governo, ao formular o orçamento público, possa fazer uma previsão das receitas e das despesas, ainda que por meio de cálculos estimativos. Esta preocupação é mais um indicador da importância da destinação de verbas para a efetivação dos direitos substantivos e, como consequência, aponta para a relevância da arrecadação tributária, responsável por uma parcela significativa das receitas públicas.

Os recursos financeiros, contudo, tampouco são o bastante para garantir a efetivação das disposições constitucionais. É forçoso que eles se somem à adoção de determinadas posturas por parte dos agentes envolvidos na consecução dos direitos. Assim, para além das verbas, mostra-se necessária a participação dos particulares no intuito de realizar estes objetivos, aplicando-se conjuntamente aspectos das teorias desenvolvidas, como se explorará a seguir.

## 5 VERBOS: DO PROCEDER EM FAVOR DOS DIREITOS

[1] O Portal da Transparência elenca todas as funções de atribuição governamental, inclusive detalhando a repartição dos recursos públicos entre estas áreas, cujo montante superou a casa dos trilhões de reais em 2022, conforme consta do sítio eletrônico: https://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes (acesso em 13 out. 2022).

Consoante se defendeu, nem a simples enunciação normativa tampouco a mera existência de recursos financeiros, tomadas isoladamente, asseguram a efetividade dos direitos fundamentais substantivos (nem adjetivos, anote-se). Assim como para sacar a norma a partir de um texto legal se demanda a atividade hermenêutica de um intérprete, a busca pela concretização dos direitos também depende de ação humana.

Daí se extraem alguns verbos cuja conjugação é não apenas conveniente como fundamental para conciliar a influência dos fatores reais de poder e o peso normativo do texto constitucional, equilibrando custos e demandas, promessas e possibilidades, reduzindo o hiato entre ser e dever-ser em prol deste fim.

## 5.1 Dever e cumprir: a obediência aos comandos legais

Há autores que refletem acerca do egoísmo humano, denunciando uma tendência a invocar direitos próprios enquanto se ignoram ou minimizam os deveres a serem cumpridos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019). Com efeito, a preferência por reivindicar a implementação e exigir o respeito a direitos subjetivos é notável em comparação à disposição por conhecer e satisfazer deveres.

Importa evocar, no entanto, que direitos e responsabilidades não se excluem reciprocamente; na realidade, são pressupostos uns dos outros. Conforme esclarecem Holmes e Sunstein, ao tratarem do assunto (2019, p. 128), "a cultura dos direitos também é sempre uma cultura de responsabilidades. Toda permissão jurídica implica logicamente uma obrigação jurídica, e os direitos impõem restrições na mesma medida em que garantem liberdades". Outrossim, Galdino (2005) entende que direitos e deveres são absolutamente indissociáveis, de sorte que a consciência acerca de um direito implica a imediata percepção do dever correspondente.

Deveras, a existência de deveres não é ignorada, mas a temática fica em segundo plano em razão do escasso desenvolvimento teórico e dogmático no que concerne às chamadas "situações jurídicas passivas", consistentes nas sujeições, deveres e obrigações dos particulares. O estado de direito, buscando o equilíbrio entre o poder e os direitos, estabelece limites para aqueles com a finalidade de preservar uma órbita de liberdade para os indivíduos exercitarem suas liberdades, o que propicia a ênfase à luta e à reivindicação dos direitos subjetivos por aqueles que se vejam em "posições jurídicas ativas", consoante esclarece José Casalta Nabais (2012, p. 15-16).

Este panorama favoreceu a primazia dos direitos e liberdades individuais em detrimento da responsabilidade comunitária, destacando-se, ainda, a recente superação de regimes totalitários ou autoritários que, naturalmente, influenciaram a realidade constitucional enviesando-a neste sentido mais tendente à valorização dos direitos, em reação à configuração anterior (NABAIS, 2012, p. 16-17).

Não obstante as obrigações impostas aos indivíduos estejam previstas nos ordenamentos jurídicos de cada país, por leis internas ou tratados assinados, não se pode comparar o tratamento conferido a elas àquele dispensado aos direitos sem se deparar com um contraste indeclinável. Este juízo se demonstra, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que apresenta uma longa lista de direitos enquanto menciona os deveres apenas de forma superficial, em seu artigo 29:

> Artigo 29
> 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
> 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
> 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Ponderando sobre a forma como se apresentam os deveres fundamentais nas Constituições da generalidade dos países, Nabais avalia que:

> Neste confronto sobressai sobretudo o facto de os deveres fundamentais, para além de não serem objecto de qualquer enumeração ou sistematização, não disporem de um regime constitucional(mente traçado) minimamente parecido com o previsto para os direitos (*maxime*, para os direitos fundamentais em sentido estrito ou os, entre nós, designados "direitos, liberdades e garantias") (NABAIS, 2012, p. 23).

Na Constituição Federal de 1988, registre-se, muito embora se intitule o Capítulo I do Título II como "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", o que se encontra nesta seção, nos incisos do artigo 5º, é um extenso rol de direitos. Os deveres, por seu turno, são prescritos de maneira mais esparsa, explicitamente em alguns dispositivos ou implicitamente em outros que definem direitos e, para garantir o respeito a eles, imputam deveres a terceiros (MARTINS, 2019).

Apesar disso, os deveres fundamentais devem ser considerados como uma categoria jurídica autônoma. Não são apenas aspectos limitantes dos direitos fundamentais, mas colocam-

se lado a lado com estes, traduzindo valores e interesses da comunidade e oferecendo sustentação ao estado enquanto instrumento de realização da dignidade humana (NABAIS, 2012).

O cumprimento dos deveres por parte dos cidadãos é um pressuposto da existência e do funcionamento do Estado, já que eles representam as fronteiras do exercício das liberdades individuais, protegendo os direitos dos pares, bem como confluem com a atuação estatal, legitimando-a, agindo em conformidade e amparando-a materialmente. Bem por isso, à existência das verbas – tal como tratada anteriormente – se somam as forças advindas da conduta individual quando se traduz no cumprimento dos deveres, tudo na direção da efetivação dos direitos.

Os deveres fundamentais têm conteúdos diversos, compreendendo tanto os clássicos – e.g., a defesa da pátria, o serviço militar – como os econômicos, sociais e culturais (GODOI; ROCHA, 2017). Já explorado o modelo teórico do custo dos direitos, merece destaque neste ponto o dever fundamental de pagar tributos, por meio do qual o cidadão contribui com os cofres públicos, entregando-lhe parcela de seu patrimônio.

A arrecadação fiscal constitui significativa fonte de receita para o Estado, abastecendo-o com recursos orçamentários necessários para suportar as funções por ele desempenhadas. À parte da avaliação da proporcionalidade ou da justiça da tributação nos moldes atuais no Brasil ou do exame em torno da utilização das verbas públicas, temas que não se pretende trabalhar nesta oportunidade, fato é que a realização dos fins sociais do Estado está invariavelmente atrelada à receita tributária. Tendo em vista que todos os direitos são positivos e a atuação estatal é fundamental para a sua efetivação, o adimplemento tributário se revela como um dever de cidadania.

A implementação da ordem constitucional e dos direitos substantivos é respaldada pela legislação e operacionalizada com a destinação de verbas públicas. Reconhecendo-se a concomitante e necessária existência de comandos a serem obedecidos por todos os atores envolvidos nestes processos, sejam eles representantes da Administração Pública ou cidadãos, importa que os deveres a eles atribuídos sejam admitidos e observados, tudo em favor do atendimento das responsabilidades comunitárias que ensejam a efetivação dos direitos e a proteção das liberdades.

### 5.2 Querer: a vontade de Constituição e a consciência

A dimensão volitiva da conduta humana não permite que se conceba o cidadão, enquanto titular de direitos e deveres, como um cumpridor mecânico de obrigações, como se não tivesse quaisquer opiniões ou sentimentos em relação às posturas que, por determinação legal, é levado a adotar. Afastando-se dos paradigmas econômicos tradicionais, atualmente se admite que o processo de tomada de decisão humana envolve a coexistência de diversos vetores, incentivando ou desestimulando os indivíduos a agirem de determinadas formas. Reconhecida a limitação da racionalidade do homem, compreende-se que muitas vezes sua avaliação é falha e suas escolhas acabam por não ser aquelas mais adequadas, interessantes ou justas (THALER, 2019).

A disposição interna dos cidadãos, neste sentido, consiste em mais um importante fator a ser levado em conta no que diz respeito à sua participação no processo de efetivação dos direitos. Como defendido, os direitos fundamentais implicam o cumprimento de deveres, de maneira que a consciência acerca do papel individual na consecução de objetivos comunitários se mostra essencial.

O esforço para "tirar a Constituição do papel", portanto, passa também pela conversão dos desígnios internos, sendo que, apelando para este fator de natureza espiritual e cultural, Konrad Hesse fala da "vontade de Constituição" como uma disposição dos sujeitos sociais de orientarem suas condutas em conformidade com a ordem constitucional, que tem sua origem enraizada em três aspectos:

> Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas (HESSE, 1991, p. 19-20).

Esta vontade de Constituição deriva de um fator racional ao mesmo tempo em que se vincula a um sentimento em torno da Constituição, havendo uma relação necessária entre a efetividade e a reafirmação política por parte da comunidade em que se instala uma ordem constitucional (BIELSCHOWSKY, 2021). Por isso mesmo, no que concerne à práxis constitucional, Hesse considera que este se trata de um elemento decisivo (HESSE, 1991).

Verdadeiramente, a conformidade às normas constitucionais e a todo o ordenamento a ela subjacente demanda dos atores sociais – sejam cidadãos, autoridades, instituições públicas ou privadas – um compromisso que pode importar em renúncias, concessões ou em submissão a comandos que não parecem ressoar com seus interesses imediatos. Não obstante, é uma condição determinante para a realização dos fins sociais colimados pela ordem jurídica, sobretudo num Estado Democrático de Direito. Acerca disso, como bem pontua Barroso:

> O Estado constitucional democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, liberdade e igualdade ampla. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e público, entre os interesses individuais e o bem coletivo (BARROSO, 2015, p. 525).

## 6 CONCLUSÃO

A evolução dialética do pensamento constitucional, impactada pelos processos históricos experimentados e registrados ao longo do tempo no Brasil e no mundo, tem propiciado avanços nas teorias atinentes à normatividade da Constituição, tal qual à expansão e profundidade de seus efeitos. Outrossim, os modelos doutrinários de teor pós-positivista, assim como a apreensão de noções concernentes aos fatores reais de poder, tal como designados por Ferdinand Lassalle (2007), e da vontade de Constituição como pressuposto de sua força normativa, lecionada por Konrad Hesse (1991), ensejam uma certa abertura cognitiva que lança os alicerces para o entendimento acerca das possibilidades, obstáculos e horizontes para a implementação da ordem pretendida.

Assimilar o caráter positivo de todos os direitos constitucionais substantivos, traduzido na necessidade de atuação do Estado para sua efetivação na práxis social é o primeiro passo para uma abordagem da teoria do custo dos direitos consoante às lições de Holmes e Sunstein (2019), reiteradas no Brasil por Flávio Galdino (2007). Admitindo-se a imprescindibilidade dos recursos públicos, tem-se como conclusão inafastável a relevância das receitas públicas, mormente oriundas da arrecadação tributária, a serem convertidas em dotações orçamentárias para financiar as prestações estatais, nas suas diversas frentes.

Nesta medida, é possível discernir aqueles elementos que o presente trabalho se propôs a examinar na condição de componentes de um plano realista de materialização dos direitos. Apontam-se, num primeiro momento, as verbas, em alusão aos recursos financeiros destinados pelo Poder Público para fazer frente às despesas estatais no cumprimento de suas funções

inclinadas à promoção e preservação dos direitos e garantias. Importa reiterar que tocar neste tópico é tarefa de ordem contábil, fiscal, não se pretendendo aferir juízos de valor a respeito dos bens jurídicos tutelados, o que caberia à esfera moral e política. Tratar dos custos que a consecução dos direitos implica é diferente de definir o quanto eles valem ou quanto se deve despender em seu favor, sendo uma postura responsável consistente numa análise de viabilidade dado o contexto de escassez em que se reivindica um sem-número de demandas.

A atuação do Estado dada pelo exercício das competências dos três poderes, seja por meio da previsão legal dos direitos, da reserva e destinação de verbas para a execução de suas ações e políticas e, ainda, pela via da jurisdição, não suplanta a essencialidade da participação das demais instituições e cidadãos. É o que se depreende da reflexão levada a efeito no que tange aos verbos a serem postos em prática. A ordem constitucional estabelece, para além dos direitos, deveres fundamentais cujo cumprimento é imperativo não apenas por razões de conformidade, mas também pelo seu reconhecimento como necessários à realização dos fins sociais. O dever e o cumprir devem ser contemplados pela conduta dos particulares, assumindo-se o quinhão da responsabilidade que lhe cabe nos termos das prescrições normativas.

Enfim, como amálgama a unir todos estes fatores visando a sua confluência em direção ao mesmo propósito, se situa a vontade de Constituição. O querer, como esclarecido, não se identifica como os anseios pessoais de cada indivíduo, mas como sua consciência e disposição para orientar-se aos moldes da ordem constitucional instituída, acatando às limitações, abstenções e exigências que isto vindica. Este se mostra, com efeito, como um compromisso crucial a ser firmado em benefício da comunidade, da legitimação da ordem e reafirmação da normatividade da Constituição.

## REFERÊNCIAS


ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Resolução 217 A III, 10 de dezembro 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 12 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Elemento vital e garantia interna da Constituição: vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, n.59, p. 450-490, jul./dez. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Orgs.). **O dever fundamental de pagar impostos:** o que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência? Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 7. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

THALER, Richard H. **Misbehaving**: a construção da economia comportamental. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.