

BIANCA NASCIMENTO MALACHINI

**UMA ANÁLISE SOBRE O PAPEL NORMATIVO E A EFETIVIDADE SOCIAL
DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de especialista em Direito,
Curso de Pós-graduação em Direito Público
com ênfase em Direito Administrativo, Setor
de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: Professor Guilherme Freire de
Barros Teixeira

CURITIBA

2005

“podemos pensar na construção de
um outro mundo, mediante uma
globalização mais humana.”

(Milton Santos)

SUMÁRIO

RESUMO.....p. 04

INTRODUÇÃO.....p. 05

**CAPÍTULO I - A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO:
PRESSUPOSTOS TEÓRICOS.....p. 09**

1.1) A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL.....p. 09

1.2) A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....p. 10

1.3) ABERTURA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL.....p. 11

**CAPÍTULO II - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO NA ECONOMIA
NEO-LIBERAL.....p. 15**

2.1) O ESTADO LIBERAL.....p. 16

2.2) O ESTADO PROVIDÊNCIA.....p. 19

2.3) A CRISE DO ESTADO DE PROVIDÊNCIA.....p. 21

2.4) O ESTADO E O DIREITO NO NEO-LIBERALISMO.....p. 22

**CAPÍTULO III - LEGISLAÇÃO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO E
CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICAS.....p. 30**

3.1) LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA.....p. 30

3.2) CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICAS.....p. 32

3.3) CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....p. 35

COMENTÁRIOS FINAIS.....p. 38

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é discutir a força normativa do texto constitucional e sua efetividade social no Brasil contemporâneo. Para isso, analisa-se o aparente esgotamento da proposta do Estado de Bem Estar Social (Estado Providência) com o império crescente da ideologia Neoliberal, o que coloca em questão os rumos tomados pelo Estado e pelo Direito em um mundo globalizado. Verifica-se, assim, alguns limites impostos ao texto constitucional por esse processo de enfraquecimento da soberania estatal e o fortalecimento de normatividades não estatais (produzidas pelo mercado). É necessário conhecer os desafios e procurar superá-los. A monografia está dividida em três partes. No primeiro capítulo, são estabelecidos alguns dos principais pressupostos teóricos que sustentam ou fundamentam a idéia de força normativa da constituição e que também reforçam a possibilidade de sua efetividade social. No segundo capítulo, o objetivo é traçar um percurso histórico do Estado, passando pelo modelo de Estado Liberal, do Estado de Bem Estar Social e sua atual crise (com o neoliberalismo), demonstrando a estreita ligação entre desenvolvimento do Estado e Constituição. Partindo dos conceitos de constitucionalização e Constituição simbólicas, no terceiro capítulo, foram discutidos alguns dos limites e possibilidades da normatividade constitucional e a sua efetividade social no atual contexto de globalização.

INTRODUÇÃO

O tema da normatividade constitucional e a sua efetividade social tem especial importância, no amplo espaço de discussão sobre o papel e o fundamento das Constituições modernas, em virtude das recentes mudanças nos quadros político, econômico e social impulsionadas pelo fenômeno que muitos autores denominam de globalização.

Essa questão, trazida para a realidade brasileira, desperta alguns questionamentos especiais, em virtude das peculiaridades de um país sub-desenvolvido (ou como querem alguns em desenvolvimento) que necessita, minimamente, que a proposta de 1988 seja consolidada.

Este estudo que, de certa maneira, trabalha com o componente simbólico e o conteúdo normativo do texto constitucional, situa-se, ou pode ser iniciado, dentro de uma discussão clássica do Direito Constitucional, que é o “debate imaginário” entre as posições de Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle sobre o que é uma Constituição, qual a sua essência e o seu significado.

Para Lassalle “a Constituição de um país [significa] a soma dos fatores reais do poder que regem um país”¹, sendo que uma Constituição escrita não passaria de uma folha de papel, podendo ou não corresponder à Constituição real e efetiva.

Como afirma Lassalle: “Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas Constituições de um país: essa Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e essa outra, Constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de fôlha de papel.”²

¹ LASSALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição?, p. 55.

² LASSALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição?, p. 74.

Nesse sentido, uma Constituição escrita teria força normativa apenas e tão somente se correspondesse exatamente com a soma dos fatores reais de poder de uma determinada sociedade, caso contrário significaria apenas uma folha de papel.

Lassale questiona em que momento “podemos dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura?” (...) “A resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: Quando essa Constituição escrita corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país.” (...) Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.”³

Hesse não concorda com o posicionamento de Lassalle, entende que a Constituição não representa apenas um pedaço de papel. Segundo Hesse, não é válido deixar de considerar a realidade, as condições históricas que conformam e delimitam uma determinada sociedade e conseqüentemente o direito construído nesse espaço, entretanto, também, não é possível ignorar o papel de um determinado texto jurídico (no caso a Constituição) na construção dessa mesma realidade – é o que se denomina força normativa da Constituição.

Na síntese, proposta por Hesse: “pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição

³ LASSALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição?, p. 99.

jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).”⁴

Com essas considerações iniciais, o que se quer demonstrar, é que uma leitura sobre a questão: “normatividade constitucional e sua efetividade social”, está inserida, ou pode partir, dessa clássica controvérsia do Direito Constitucional (Lassalle x Hesse)⁵.

Aparentemente, no Brasil, o posicionamento de Hesse em um passado recente, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, goza de uma “maior simpatia” entre os constitucionalistas comprometidos com a implementação inovadora do texto constitucional.

A adoção de uma postura no sentido proposto por Hesse, que parte do entendimento de uma Constituição normativa, se justifica por inúmeros motivos, como por exemplo: uma maior autonomia do direito constitucional; ressalta e valoriza o papel do texto constitucional, as suas possibilidades e a importância dos operadores jurídicos como participantes do processo histórico, entre outros fatores.

Entretanto, não é possível deixar de enfrentar algumas das questões colocadas no cenário nacional e internacional. Com o fenômeno da globalização, a transnacionalização dos mercados, a adoção de políticas neoliberais, entre outros fenômenos que serão verificados abaixo, as idéias de Estados soberanos, de Soberania e do próprio papel da Constituição estão sendo “colocados em xeque”, o que leva a questionar se Lassalle não tinha, ao menos em parte, razão,

⁴ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, p.24.

⁵ Deve ser observado, entretanto, que não constitui objeto do presente trabalho o aprofundamento dessa importante discussão do Direito Constitucional.

ou se, no caso, não se está rumando para uma “Constituição Folha de Papel”, uma crescente perda da normatividade constitucional, uma espécie de constituição simbólica (conceito que será verificado no curso desse trabalho).

Assim, analisar a questão da normatividade constitucional e a sua efetividade social, bem como o conteúdo ou componente simbólico do texto constitucional, ajuda, em larga medida, a diagnosticar e discutir alguns dos principais problemas colocados ao Direito Constitucional brasileiro contemporâneo.

A presente monografia está dividida em três partes. No primeiro capítulo, a proposta é estabelecer alguns dos principais pressupostos teóricos que sustentam ou fundamentam a força normativa da constituição e a sua efetividade social, idéias que, em certa medida, são questionadas atualmente. No segundo capítulo, o objetivo é traçar um percurso histórico do Estado, passando pelo modelo de Estado Liberal, do Estado de Bem Estar Social e sua atual crise. O sentido dessa parte do trabalho é demonstrar a estreita ligação entre o desenvolvimento do Estado moderno e a idéia de Constituição. Partindo dos conceitos de constitucionalização e Constituição simbólicas, no terceiro capítulo, foram discutidos alguns dos limites e possibilidades da normatividade constitucional e a sua efetividade social no atual contexto de globalização.

CAPÍTULO I - A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

1.1) A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL

Como primeiro pressuposto teórico, verifica-se que a Constituição, apesar de poder ser entendida e estudada a partir de aspectos diversos, deve ser compreendida especialmente como uma norma. A norma fundamental e suprema do ordenamento jurídico de um Estado⁶ e, como norma fundamental, hierarquicamente superior, deve ser reconhecida a sua força normativa⁷.

Compartilha-se, assim, do entendimento do professor Clèmerson Merlin Clève que, inúmeras vezes, destaca a importância de se compreender o texto constitucional como a lei fundamental, situada no vértice do ordenamento jurídico e dotada de normatividade, *in verbis*:

“A compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais; por fim a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional.”⁸

⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. p. 29.

⁷ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, p.24.

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. p. 29.

Nessa perspectiva, todos os dispositivos constitucionais possuem conteúdos normativos, operam efeitos e devem ser aplicados. Vinculando não apenas o legislador, mas, também, o administrador e o magistrado. Não existem dispositivos constitucionais despidos de normatividade.

Como ensina Clèmerson Merlin Clève: “A doutrina constitucional mais recente entende que não há dispositivo constitucional despido de normatividade. Preâmbulo, os princípios, os preceitos, inclusive os programáticos, são normas jurídicas, e assim devem ser compreendidos.”⁹

Reconhecer a “preeminência normativa da Constituição, partindo da concepção do Pacto Fundante como ordem normativa superior e vinculante, expressa a idéia de que toda ordem jurídica deve ser lida à luz da Carta Fundamental e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conforme com ela.”¹⁰

1.2) A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Como decorrência do pressuposto (ou pressupostos) acima indicado(s), os princípios constitucionais, dotados de normatividade, “cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por isso, fixam standards de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. p. 33-34.

¹⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: contributo para uma dogmática constitucional emancipatória. p. 137. Segundo o professor Schier, são “três as componentes principais deste conceito: (i) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição – primado da interpretação conforme –; (ii) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional e (iii) salvo quando não são exeqüíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela (J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira).” (p.138).

processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional.”¹¹. A Constituição Federal de 1988, interpretada de forma sistemática e entendida como uma unidade, deve servir como parâmetro interpretativo e integrativo necessário de toda a legislação infraconstitucional.

Além disso, como demonstra Clèmerson Merlin Clève, quando necessitam:

“integração normativa decorrente da atuação do Legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva da legislação posterior, desde que incompatíveis com seus postulados. Aliás, também as normas programáticas atuam, pelo menos, essas últimas funções. Daí porque elas operam, no mínimo, uma eficácia negativa, paralisando ‘os efeitos de toda e qualquer norma jurídica contrária a seus princípios’¹².

Estas noções são fundamentais para uma leitura, ou fundamentação, da normatividade infra-constitucional com base na Constituição. Isso reforça também a força normativa do texto constitucional.

1.3) ABERTURA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Outro pressuposto teórico fundamental, que orienta todo o Direito Constitucional e conseqüentemente todo o processo de interpretação e aplicação da Constituição, é a compreensão da abertura do sistema jurídico

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. p. 35.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. p. 36.

constitucional, aberto ao diálogo com os seus destinatários, atento à realidade e às mudanças na sociedade e, por isso, receptor das demandas sociais em constante mutação.

Segundo o professor Paulo Ricardo Schier:

“deve-se concluir com J. J. Gomes Canotilho que o fenômeno constitucional é um sistema normativo aberto de regras e princípios. É um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.¹³”

Compreender a Constituição nessa perspectiva aberta e plural impede que se engesse uma determinada concepção de Direito e de sociedade. O atual modelo de Constituição, existente no Brasil, dotado de princípios e cláusulas gerais permite que o Direito esteja em constante mudança e atualização, reconhecendo, portanto, a sua profunda historicidade. O Direito não é mais compreendido como uma simples manifestação da atividade legislativa, não é identificado única e exclusivamente com a Lei.

Deve ser observado ainda, um ponto que norteia as reflexões aqui esboçadas, que a Constituição brasileira especificamente se caracteriza “como uma Carta jurídica vinculante, compromissória, democrática, dirigente e normativa, apontando para valores que expressam uma idéia de Justiça que, historicamente,

¹³ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: contributo para uma dogmática constitucional emancipatória. p. 137. Além disso, completa o autor: “Assim, cada constituição deve ser lida à luz de sua história, sua geografia, de seu específico locus social e político, eis que cada sistema dialoga com uma realidade diversa das demais.” (SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: contributo para uma dogmática constitucional emancipatória. p. 137.) Nessa linha, a compreensão do sistema constitucional vai muito além do puro normativismo Kelseniano.

deve-se buscar em nossa sociedade.”¹⁴ Essas características, amplamente reconhecidas, na carta constitucional de 1988, lhe atribuem legitimidade o que, sem dúvida, sustentam o seu conteúdo normativo e sobretudo reforçam a sua efetividade.

Trata-se, portanto, de proceder ao que o professor Paulo Ricardo Schier denominou de “Filtragem Constitucional” que traz “a idéia de realização da normatividade e imperatividade do direito através da perspectiva dos valores constitucionais.”¹⁵ Devemos trabalhar com a legislação infraconstitucional passando pelo filtro da Constituição.

Deve ser observado que uma das exigências da “Filtragem Constitucional” é justamente a constitucionalização do direito infraconstitucional¹⁶. Constitucionalização identificada, nessa parte do trabalho, como o processo de reelaboração de toda a dogmática jurídica clássica, relendo o direito infraconstitucional à luz da Constituição, “de maneira a privilegiar os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo entendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.”¹⁷

Compreender a Constituição como norma fundamental, dotada de ampla normatividade e unidade, aberta e plural permite ao intérprete uma visão mais completa do fenômeno constitucional na atualidade o que também potencializa,

¹⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: contributo para uma dogmática constitucional emancipatória. p. 137.

¹⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: contributo para uma dogmática constitucional emancipatória. p. 35.

¹⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: contributo para uma dogmática constitucional emancipatória. p. 38.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil – Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil . p. 22.

no plano da dogmática jurídica, os instrumentos de aplicação e efetivação social do texto constitucional.

Partindo desses pressupostos teóricos acima esboçados e de muitos outros que reforçam a força normativa da Constituição, o intérprete e aplicador do Direito (que pode ser o juiz, o promotor de justiça, o advogado e os demais cidadãos) pode atingir um sucesso maior no plano dos objetivos sociais e de justiça presentes na Constituição.

Entretanto, não se deve esquecer que esse mesmo texto normativo (a Constituição) está inserido em um determinado lugar e sofre influências desse ambiente cultural que o envolve, algumas muito positivas e outras profundamente negativas.

Levando em consideração essa observação, não é possível destacar a reflexão da normatividade constitucional e sua eficácia social dos diferentes modelos de Estados e sua influência no próprio conceito de constituição. Deve-se compreender o percurso histórico do conceito de Estado na Modernidade para entender o que é uma Constituição. Além disso, o atual modelo proposto para o Estado (modelo neoliberal) coloca em perigo muitas das conquistas que estão presentes no texto constitucional e isso deve ser analisado. Esse é o objetivo do segundo capítulo.

CAPÍTULO II - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO NA ECONOMIA NEO-LIBERAL

Não há como compreender o Direito na atualidade sem analisar, ainda que em linhas muito gerais, os diferentes modelos de Estado propostos historicamente ao longo da Modernidade.

Isso significa que para bem entender todo o conjunto de conceitos e institutos jurídicos, as suas mudanças e a sua atual configuração, é necessário que o estudo não fique deslocado do solo, do contexto, do lugar em que eles foram pensados e constituídos¹⁸. O mesmo vale para o conceito de Constituição, sua força normativa e sua efetividade social.

Nessa perspectiva, a proposta é analisar genericamente algumas das principais características do Estado Liberal, do Estado de Bem Estar Social e do Estado em um contexto de Neo-liberalismo, com o intuito de se compreender melhor o Direito que foi pensado nesses diferentes contextos e o papel normativo da carta constitucional de 1988.

¹⁸ Um exemplo dessa necessidade de contextualizar o Direito é dado por Washington Peluso Albino de Souza ao analisar a Constituição Econômica Brasileira. Nas palavras desse autor: “Esperamos ter trabalhado os elementos capazes de demonstrar que a constituição Econômica brasileira não se originou e nem se consolidou por mera imposição circunstancial e por capricho dos legisladores constituintes, em cada época. Ao contrário, provém das mutações ideológicas experimentadas pela realidade brasileira e, neste caso, em consonância com aquelas que se processavam nos principais países em busca de adequação à realidade.” (SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. Teoria da Constituição Econômica, p. 139).

2.1) O ESTADO LIBERAL

A caracterização do Estado de Direito Liberal origina-se da reação da burguesia ascendente contra o Estado de Polícia, contra os constrangimentos individuais e, principalmente, em resposta à insegurança que a ação discricionária e ilimitada do soberano causava nas relações comerciais.

Estas ações autoritárias do Estado na economia não correspondiam aos anseios de calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades entre os agentes econômicos, reclamados pelo novo modo de produção: o Capitalismo e pela nova classe insurgente que começa a conquistar a hegemonia (política e econômica) em sociedade.

Para controlar as atividades e conter os abusos do Estado (absolutista) tornou-se necessário criar instrumentos de contenção do poder público (soberano). O instrumento por excelência foi a carta Constitucional que determinava as funções e auto-limitava os poderes do soberano, seja do monarca ou do parlamento, separando rigorosamente os espaços públicos dos privados.

A qualificação de Liberal ao Estado de Direito decorre da separação efetuada entre sociedade civil e Estado em três aspectos: a separação entre política e economia, em que o papel do poder público restringia-se em garantir a propriedade e a segurança, deixando a vida econômica para a auto-regulação do mercado, intervindo apenas como força sancionatória para o cumprimento dos vínculos assumidos entre os particulares; a separação entre Estado e Moral, "segundo a qual a moral não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo"¹⁹, separação decorrente da nova concepção iluminista a respeito do homem, com inspiração no personalismo ético de Kant; e, por fim, a separação entre sociedade

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. p. 52.

civil e Estado, ficando este, somente, com o papel de manutenção da paz social, permitindo o livre desenvolvimento da sociedade por sua própria conformação. As esferas econômicas e morais dos indivíduos não diziam respeito ao Poder Público.

A idéia que orientava a economia nesse período, fundamentada especialmente nas idéias de Adam Smith, era que a livre iniciativa e a busca pelo lucro individual, orientado por uma *mão invisível* através da lei da oferta e da procura, levaria ao melhor desenvolvimento da sociedade com um todo.

Segundo John Kenneth Galbraith, “para Adam Smith, a motivação econômica está centrada no interesse próprio de cada um. A busca individual e competitiva destes interesses é a origem de todo bem público”²⁰. Os sujeitos ao perseguirem os seus interesse privados no âmbito da economia, livres de qualquer ingerência ou intervenção autoritária por parte do soberano, contribuiriam através da soma de suas riquezas ao desenvolvimento de sua comunidade e do seu Estado. Segundo Vital Moreira:

“Na representação liberal clássica a economia não carecia de ser regulada artificialmente por meio de comandos exógenos. O mercado podia ele mesmo reagir sobre os factores de perturbação eventualmente emergentes e reequilibrar o funcionamento regular dos mecanismos econômicos. A regulação era inerente à própria economia. A auto-regulação pelo mercado era princípio fundante dessa visão: uma economia auto-regulada funcionando de acordo com uma lei econômica natural”²¹

²⁰ GALBRAITH, John Kenneth. O pensamento econômico em perspectiva: uma perspectiva crítica. p. 58.

²¹ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. p. 21-22.

Esse ideário da auto-regulação da economia, sustentado e fundamentado principalmente por Adam Smith, tinha em Kant o seu correlato na auto-regulação²² da esfera moral. Para este o Estado não poderia visar quaisquer fins morais, a tarefa de buscar o bem comum e a felicidade cabe a cada um, o único fim do Estado é o Direito, ele deve preocupar-se em manter a ordem e garantir a cada indivíduo, através de sua liberdade exterior, a possibilidade de escolher, por critérios morais próprios, o caminho para sua felicidade individual.

Todas estas separações decorrem, ao mesmo tempo em que implicam, em uma percepção moderna acerca do indivíduo. Percepção esta que terá fundamental importância para o desenvolvimento da valorização da vontade individual. A construção desse ideário de indivíduo e a sobre-valorização da sua esfera da razão é colocada de forma resumida pelo Professor José Antonio Peres Gediel:

“Na concepção jurídica da modernidade, o homem aparece, primeiro, separado da natureza e ligado a Deus; depois, individualizado, ligado aos demais seres humanos por um vínculo contratual; em seguida, dotado de qualidades jurídicas, para constituir núcleo de imputação individual de direitos e deveres jurídicos, em oposição aos demais e com poderes jurídicos sobre os bens da natureza; finalmente, apartado do seu próprio corpo, pois o exercício da qualidade de pessoa exige da capacidade jurídica. Esta por sua vez, valoriza apenas o elemento intelectual, racional, que compõe o ser humano e que

²² NOVAIS, Jorge Reis. Contributo ... p. 59.

lhe permite compreender e responder pelos atos jurídicos que estabelece”²³

2.2) O ESTADO PROVIDÊNCIA

Especialmente após a primeira Guerra Mundial surge um novo modelo de Estado constitucional²⁴. Com a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1918 reavalia-se a proposta liberal de separação entre Estado e sociedade e começa-se a configurar uma socialização da esfera estatal.

O Estado assume uma postura de intervenção e passa a organizar as relações econômicas.

Dois processos característicos desse período são: i) a organização da assistência social de forma sistemática e ii) a extensão dos direitos políticos e sociais para um universo cada vez maior de pessoas e a postura dirigente e programática assumida pelas Constituições, consagrando novas finalidades para o poder público.

As novas conformações da sociedade e da economia exigiam alterações e pediam uma intervenção do Estado nas relações econômicas. “Juntamente com as tarefas públicas cresceu também naturalmente o aparelho do Estado e da administração pública.”²⁵ Os avanços tecnológicos intensificam a

²³ GEDIEL, José Antonio Peres.. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. p. 63.

²⁴ Nas palavras de Vital Moreira: “A intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social é em alguns casos anterior à I Guerra mundial (proteção infantil, seguros sociais, repouso semanal). Mas era esporádica e assistemática. A intervenção econômica raramente era directa, sendo a maior parte das vezes reflexo de intervenções de finalidade e proteção social. A era da intervenção econômica do Estado começou, como se referiu, com a I Guerra Mundial e acentuou-se depois da crise de 1929.” (MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional ... p. 23).

²⁵ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional ... p. 25.

produção em massa, os trabalhadores alcançam uma forte estrutura organizacional e gradualmente conquistam novos direitos.

Esta nova proposta de modelo estatal, surgida principalmente com Keynes, tinha por objetivo fundamental criar, organizar e executar políticas públicas macroeconômicas para o fortalecimento e expansão do capitalismo. O poder público torna-se um agente regulador da sociedade industrial.

“Do Estado como entidade necessariamente alheia ao processo de satisfação das necessidades privadas passa-se ao entendimento de que ao Estado devem ser cometidas tarefas de realização do bem-estar dos cidadãos em sectores considerados fundamentais, prioritários, ao mesmo tempo que lhe incumbe intervir nas relações interindividuais de forma a, pelo assegurar de valores mínimos de sã convivência, corrigir as conseqüências que a situação de real desigualdade dos sujeitos acarreta.”²⁶

A recepção da proteção dos interesses sociais, mesmo que preservando ainda o paradigma liberal do ordenamento jurídico, muda o sentido da atuação estatal de uma posição de garantidor externo das relações mercantis, para um agente intervencionista com caráter protecionista e solidarista.

As Constituições passam a ter um papel diferente do que tinham no século XIX. A organização jurídica dos Estados, nesse momento, pauta-se por princípios e diretrizes programáticas definidos pelo texto constitucional; princípios e diretrizes de caráter negativo e também de condutas positiva voltados à consecução de determinadas metas e objetivos materiais.

²⁶ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. p. 38-39.

2.3) A CRISE DO ESTADO DE PROVIDÊNCIA

O modelo intervencionista e solidarista de Estado, que ainda continua resistente na realidade social, começa a entrar em crise no final da década de setenta. Como explica José Eduardo Faria:

"com a aceleração da inflação, com os desequilíbrios financeiros decorrentes da queda das receitas tributárias e do aumento das despesas públicas, com a elevação das taxas de desempregos e a subsequente ampliação das tensões trabalhistas e das pressões sindicais, com os confrontos crescentes entre política econômica e política social e com o forte abalo no consenso quanto ao 'círculo virtuoso' entre crescimento e correção de desigualdades, o repertório de fórmulas, métodos, estratégias, mecanismos e instrumentos regulatórios das políticas Keynesianas e do Estado 'social' que as implementava acabou esgotando suas virtualidades"²⁷.

Essa crise de governabilidade do Estado associada às transformações tecnológicas experimentada de forma vertiginosa nas últimas décadas do século XX, à globalização da economia e à conseqüente crise de soberania dos Estados nacionais, impulsionaram novas formas de relações econômicas, de inspiração neo-liberal, que emergindo das ruínas de um modelo intervencionista, que controlava o que se passava sob suas fronteiras, passam por fora e acima do controle das jurisdições locais.

²⁷ FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. p. 116.

Como as relações perdem seu contato com o tempo-espaço dos Estados soberanos, surge a necessidade de um novo direito além das fronteiras territoriais.

Esse direito supranacional já deve ser levado em conta como uma possível superação da força dirigente da Constituição, que deixa de ser centro normativo de orientação para as decisões em face de uma *sociedade sem fronteiras*²⁸.

Desta forma o Estado providencial começa a perder seu poder e sua legitimidade de intervenção e começa a se configurar um novo modelo de relacionamento entre sociedade e Poder Público que ainda está em construção, mas que já apresenta uma forma específica de formalização jurídica (que ainda está por ser completamente compreendida).

2.4) O ESTADO E O DIREITO NO NEO-LIBERALISMO

Com um certo esgotamento da proposta do Estado de Bem Estar Social (Estado Providência) e com o império da ideologia Neoliberal, coloca-se em questão os rumos tomados pelo Estado e pelo Direito em um mundo globalizado. Isso é especialmente sentido no plano constitucional.

Juan Ramón Capella, em sua obra *Fruta Proibida*, no último capítulo intitulado “Poder y Derecho em Babel”²⁹, demonstra que o modelo keynesiano para o Estado (e para a economia) entra em crise. Segundo esse autor,

²⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras.

²⁹ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*.

não estava sendo possível administrar uma demanda crescente de direitos (gastos) com a arrecadação fiscal.

O dilema era que não havia um limite para essa “melhoria” das condições de toda a sociedade, e o crescimento econômico não estava acompanhando as demandas sociais.

Além disso, com a crise ecológica e do petróleo verifica-se, perversamente, que nem todos os países poderiam alcançar o grau de desenvolvimento dos países do 1º mundo, pois isso poderia por em risco a própria existência do homem na terra. Esses e outros fatores, como a vontade de exploração capitalista, levaram o mundo a uma grande transformação, iniciada nos anos 70 e vivida ainda hoje.

Presencia-se o que Juan Ramón Capella denomina de uma “mundialização desigual”³⁰, caracterizada por um estado de interdependência entre os países, com a constituição de um “hipermercado” em uma economia transnacionalizada e um certo retorno, com características peculiares, da lei desenfreada do mercado.

Esse fenômeno ocorre, e é reforçado, com o surgimento de novas tecnologias (terceira revolução industrial), que diminuem a necessidade do trabalho (braçal) humano, o que produz um verdadeiro contingente de desempregados.

Os trabalhadores e seus órgãos representativos perdem espaço e força na sociedade. Além disso, o capitalismo começa operar em um mercado desmaterializado, a transferência de capitais é praticamente instantânea, o que aumenta ainda mais as potencialidades da exploração capitalista e conseqüentemente diminuem o controle estatal.

Como afirma Capella: “Las novedades tecnológicas y organizativas de las gran transformación sensible en la apropiación y el

³⁰ CAPELLA, Juan Ramón. Fruta Prohibida... p. 241.

aprovechamiento privados de las energias sociales. El capitalismo há alcanzado una posición que le permite compatibilizar de explotación muy diversos.”³¹

Nunca a ciência, a tecnologia e a própria razão foram postas tão diretamente a serviço do capital. Todas essas transformações estimulam as grandes privatizações, a redução das intervenções estatais no campo social e redistributivo e uma certa diminuição do papel promocional do Estado e do direito.

Conforme explica Vital Moreira, “a década de oitenta foi marcada pela emergência das orientações privatizadoras e liberalizadoras. A palavra de ordem foi a retirada do Estado da área econômica, a liberalização-dos mercados, a abertura à concorrência e ao mercado.”³²

Presencia-se um novo campo de poder na sociedade, produzido pelo mercado. Ocorre um enfraquecimento da soberania Estatal, com aumento significativo de limitações de ordem econômica e política externos e internos (ingerências nacionais, internacionais e transnacionais) e o aparecimento de novos agentes no cenário local e global, o que faz com que o espaço estatal perca o monopólio ou a hegemonia na produção e centralização do poder.

Segundo explicação de Abili Lázaro Castro de Lima:

“em face da globalização, vivemos uma época caracterizada pela diversidade de aspectos que determinam a distribuição do poder e de sistemas de autoridade que se manifestam dentro e através das fronteiras do Estado [essas] peculiaridades implicam a perda do poder do Estado moderno de definir as suas políticas”³³.

³¹ CAPELLA, Juan Ramón. Fruta Prohibida... p. 252.

³² MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional ... p. 43.

³³ LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização Econômica Política e Direito. p.205-206.

No direito, o fenômeno é igualmente complexo. O direito perde espaço em áreas ditas sociais, abre mão de sua regulamentação da economia, garantindo apenas as regras necessárias para a nova *lex mercatoria* privada, mas assume um papel reforçado, em outras áreas, dentro dessa lógica do mercado transnacionalizado, em que o operador do direito deve estar mais “sintonizado” com o novo modelo imposto pela *lex mercatoria*.

O papel do Estado, por um lado (o seu papel social), foi significativamente diminuído, mas isso não significa um simples retorno ao liberalismo. Em muitos aspectos, como ocorreu com as privatizações e a criação de uma série de agências reguladoras, no Brasil e muitos outros países, o papel de regulador da economia exercido pelo Estado foi significativamente ampliado. As políticas neoliberais não poderiam ser implementadas sem a intervenção direta dos Estados, ainda que estes Estados não vislumbassem outras saídas.

Como explica Vital Moreira:

“mas esta orientação, se fez diminuir o papel econômico do Estado, não conduziu por isso a uma diminuição da regulação. Esta mudou de áreas, tomou novas formas, mas não desapareceu. Mais: as políticas de privatização obrigaram em muitos casos a uma densificação da regulação. Isso sucedeu nomeadamente nas áreas dos serviços públicos anteriormente nacionalizados (água, eletricidade, gás, telecomunicações, etc.), e no sector financeiro, de modo a garantir neste a fluidez e transparência necessária para a proteção dos investidores.”³⁴

Esse fenômeno produz uma série de injustiças e, talvez, seja possível afirmar hoje que a humanidade está passando por uma encruzilhada decisiva, aceitar a barbárie proposta pela globalização e por políticas neoliberais, ou,

³⁴ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional ... p. 43.

em sentido contrário, promover uma democratização social real intensiva e extensiva³⁵.

Milton Santos, na sua obra “Por uma outra globalização”, afirma que a globalização está se realizando como uma fábrica de perversidades. Segundo esse autor:

“De fato, para a grande maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades. O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. Novas enfermidades como a SIDA se instalam e velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos e da informação. A educação de qualidade é cada vez mais inacessível. Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como egoísmos, os cinismos, a corrupção”. (...) “A perversidade sistêmica que está na raiz dessa evolução negativa da humanidade tem relação com a adesão desenfreada aos comportamentos competitivos que atualmente caracterizam as ações hegemônicas. Todas essas mazelas são direta ou indiretamente imputáveis ao presente processo de globalização”³⁶.

Todo esse processo é sentido, tem influência direta e, não raras vezes, é reforçado pelo próprio direito. Verifica-se, atualmente, um direito com uma

³⁵ SANTOS, Milton. Por uma outra globalização.

³⁶ SANTOS, Milton. Por uma outra globalização. p. 19-20.

“textura aberta”, o surgimento de fontes não oficiais de direito, um certo recuo do direito estatal, reflexo de uma diminuição da proposta de Estado de Bem Estar Social (Estado Providência).

O fenômeno é complexo, fala-se em direito estatal substituído, de direito estatal suprido e direito estatal suplantado³⁷. Verifica-se a substituição do direito estatal, por exemplo, com o crescente número de acordos regionais (no sentido de regiões do globo), com a volta de um pluralismo jurídico de mercado, com a produção jurídica de poderes privados econômicos (como das grandes empresas), com as instâncias locais substituindo o poder estatal e impondo o seu próprio direito, com o surgimento crescente de formas de negociação, mediação e conciliação na maioria dos Estados e outros acontecimentos que levaram André-Jean Arnaud a afirmar que:

“Em resumo, ‘quer que o deploremos ou quer que nos alegremos, nossos países não mais constituem, e cada vez constituirão menos no futuro, os lugares no seio dos quais as políticas econômicas poderão ser conduzidas. Nos últimos decênios, o direito estatal não parou de perder o seu “império”. Atualmente, coexistem no mesmo espaço político ordens jurídicas estatais e não estatais que são um desafio à concepção moderna de Estado e de direito.”³⁸

Entretanto, a questão é, ainda, mais complexa, pois ao mesmo tempo que o Estado perde poder em determinadas áreas, diminuindo seu espaço de atuação, ao mesmo tempo ele tende a reforçar-se em outras áreas, intensificando algumas atividades “interventivas” (regulatórias) e uma certa produção legislativa. É o próprio Estado que põe em prática a sua própria diminuição. Através de um grande

³⁷ ARNAUD, André-Jean. O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito, p.156.

³⁸ ARNAUD, André-Jean. O Direito entre Modernidade ... p. 172.

número de leis, faz com que se cumpram, no território nacional, as decisões tomadas no exterior (Estado – gendarme) é ele, ainda, que assegura ou faz com que se cumpram as regras do jogo no mercado (Estado – estrategista).

Segundo Arnaud, “De um lado, por exemplo, ele se desengaja progressivamente e de forma confessada da sua função de Estado-de-bem-estar; mas, ao mesmo tempo, desenvolve o seu apoio às corporações e ao capital transnacional”³⁹. Ocorre uma distinção entre direito e regulamentação.

Fala-se em fragmentação da soberania e de segmentação do poder. Dentro dessa linha, André-Jean Arnaud entende que com o desenvolvimento desse processo de globalização, verifica-se uma ruptura com a antiga ordem e o surgimento de um novo paradigma.

O Estado-Nação, embora desempenhe uma função importante na sociedade e seja instrumentalizado para a implementação desse mesmo processo de globalização, perde em grande medida o seu papel central na ordem social existente. Excluído da direção da economia ou mitigado o seu poder de regulação nessa área, o Estado soberano abandona sua centralidade na questão do poder. Sua soberania é diminuída e, nesse sentido, o direito passa a ser mais “uma” fonte de poder e não “a” fonte por excelência do poder.⁴⁰

Nessa perspectiva, segundo Arnaud:

os “grandes problemas do momento passam a ser, portanto, prioritariamente o da transformação do modo de produção do direito, do modo de tratamento dos litígios e o da proteção aos indivíduos – assegurada até aqui pelo Estado – contra a opressão de grupos sociais ligada ao processo de transnacionalização econômica, social e política”. (...) “De um lado, por exemplo, ele se desengaja progressivamente e de forma confessada da sua função de Estado-de-bem-estar; mas,

³⁹ ARNAUD, André-Jean. O Direito entre Modernidade ...,p. 175.

ao mesmo tempo, desenvolve o seu apoio às corporações e ao capital transnacional.”⁴¹

José Eduardo Faria analisando o papel do Estado e do Direito nesse contexto de neo-liberalismo chega a questionar, inclusive, o papel do texto constitucional:

“Como, nesse novo contexto, a decisão de participar ou não do fenômeno da economia globalizada muitas vezes acaba ficando fora do alcance dos legisladores e dos formuladores da política econômica nacional, por mais estranho ou paradoxal que isso possa parecer, que papel, por exemplo, pode ser exercido por uma ‘Constituição Dirigente’?”⁴²

Surge aqui o problema da utilização negativa do texto constitucional, muitas vezes instrumentalizado para finalidades que não são as desejadas pela maior parte da população brasileira, carente de direitos e de justiça. É a questão da constitucionalização e da constituição simbólicas, assunto tratado no terceiro e último capítulo.

⁴⁰ ARNAUD, André-Jean. O Direito entre Modernidade ..., lição 1.

⁴¹ ARNAUD, André-Jean. O Direito entre Modernidade ..., p. 12 e p. 175. Nessa mesma linha, segundo Arnaud: “Estamos em presença de duas problemáticas muito diferentes. Uma, tradicional e de origem ‘moderna’, repousa sobre os pressupostos que a regulação social se faz primeiramente pelo direito e que o Estado é soberano e tem um poder exclusivo sobre o direito. Outra, contemporânea, emergente, baseia-se sobre novos pressupostos; que nem toda a regulação social não é forçosamente o direito, e que o Estado perde terreno na sua soberania, inclusive no que diz respeito ao direito.” (p. 193).

⁴² FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada... p.33.

CAPÍTULO III - LEGISLAÇÃO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICAS

3.1) LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

Parte-se, nesse ponto; dos conceitos trabalhados por Marcelo Neves, no seu livro “A Constitucionalização Simbólica”. Marcelo Neves, inicialmente, define legislação simbólica “como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”⁴³

A vantagem do enfoque proposto por Marcelo Neves é o abandono da análise pura e simples da questão da eficácia (jurídica e social) do texto constitucional e da legislação infra-constitucional - da força normativa da constituição - e vai procurar verificar, para além disso, os efeitos da legislação que, embora no plano jurídico não tenham eficácia, ou seja, no plano da sua intenção jurídica (dentro do código binário lícito-ilícito) não surtam nenhum efeito, exerce outras funções, não jurídicas, como efeitos políticos, econômicos, etc.

A legislação simbólica pode, na linha trabalhada por Marcelo Neves, ser tipificada, no tocante ao seu conteúdo, em três grupos ideais: i) confirmar valores sociais; ii) demonstrar a capacidade de ação do Estado; iii) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

No primeiro sentido (confirmar valores sociais), tem-se a legislação simbólica no momento em que numa disputa entre grupos por diferentes

⁴³ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, p. 32.

valores, uma determinada legislação acaba por consagrar um determinado “ponto de vista” desse embate, independentemente de sua confirmação no plano prático.

O segundo sentido (demonstrar a capacidade de ação do Estado), que Marcelo Neves denomina de Legislação-Álibi, verifica-se na situação em que uma determinada legislação tende a fortificar a confiança dos cidadãos no seu Governo, no seu Estado, com um discurso satisfatório, mas que no plano prático-jurídico não cumpre com o prometido. Visa, em linhas gerais, produzir uma certa confiança no sistema jurídico-político, sem se preocupar com as condições necessárias para a implementação dessa legislação. “O legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas.”⁴⁴ Assim, a “legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos.”⁴⁵

O terceiro sentido de legislação simbólica (legislação como fórmula de compromisso dilatório) é observado na legislação que serve para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios, a lei através de uma solução de consenso, não resolve o conflito social, apenas adia essa solução para um futuro distante.

Em todos esses sentidos, a legislação simbólica se caracteriza por ser normativamente ineficaz, ou seja, a relação hipotético-abstrata “se-então” da “norma primária” e da “norma secundária” não se concretiza regularmente. A

⁴⁴ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, p. 37.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, p. 39. A legislação-álibi desempenha uma função ideológica de manipulação, mas que pode não dar certo, pois, quanto mais ela é empregada, mais é desgastado esse modelo, podendo levar a descrença geral o próprio sistema jurídico na sua completude.

vigência social da legislação simbólica não é verificada. Esse é o sentido negativo da legislação simbólica.

Ocorre que, além desse sentido negativo, “a legislação simbólica não se delinea, quanto aos seus efeitos, tão somente num sentido negativo: falta de eficácia normativa e vigência social. A “legislação simbólica define-se, também, num sentido positivo: ela produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica.”⁴⁶

3.2) CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICAS

Marcelo Neves, partindo do conceito moderno de Constituição⁴⁷, e com base nos conceitos de legislação simbólica, analisa o que denomina de “Constitucionalização simbólica”.

Como foi verificado na questão da legislação simbólica, a constitucionalização simbólica, também, possui um sentido negativo: insuficiente concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional; e um sentido positivo: uma função político-ideológica da atividade constituinte e do texto constitucional.

A carta constitucional, portanto, além de não ser suficientemente concretizada normativa-juridicamente de forma generalizada (sentido negativo), possui também um sentido positivo, na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante

⁴⁶ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, p. 51. A legislação simbólica, distingue-se, ainda, da legislação instrumental pela forma que exerce os seus efeitos, que não são propriamente jurídicos.

⁴⁷ Constituição Moderna: i) que consagra um rol de direitos fundamentais (cíveis e políticos – Estado Liberal - , mas também econômicos, sociais... –Estado Social -); ii) divisão de poderes e iii) diferença entre política e administração. (NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica.)

papel político-ideológico. Como afirma o autor: “Em caso de constitucionalização simbólica, o problema ideológico consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas.”⁴⁸

A constitucionalização simbólica vai se diferenciar da legislação simbólica “pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Enquanto na legislação simbólica o problema se restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional.”⁴⁹

Deve ser observado, entretanto, que a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem limites, pois a sua utilização em larga medida pode ter o efeito contrário ao “esperado” no sentido de conscientizar as pessoas da discrepância entre o discurso jurídico-constitucional e a real ação política.

Partindo da mesma classificação proposta para a legislação simbólica, Marcelo Neves classifica a constitucionalização simbólica, quanto aos seus efeitos positivos, da seguinte maneira: i) a constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; ii) a constituição como fórmula de compromisso dilatório; iii) a constitucionalização-álibi.

Marcelo Neves prioriza a terceira noção de constitucionalização simbólica (a constitucionalização-álibi), entendendo que:

“ as Constituições simbólicas em oposição às normativas, fundamentam-se sobretudo nas ‘pretensões (correspondentes a necessidades internas ou externas) da elite dirigente pela representação simbólica de sua ordem estatal’. Delas não decorre qualquer modificação real no processo de poder. No

⁴⁸ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, p. 89.

⁴⁹ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, p. 90. Também, não confundir o simbólico com o ideológico, ambos tem as suas peculiaridades (nesse sentido ver NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica p. 91).

mínimo, há um adiantamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se isso fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social.”⁵⁰

Embora, a constitucionalização simbólica não signifique a mesma coisa que lealdade das massas, pode ser um instrumento para atingi-la.

Em linhas muito gerais, na síntese de Marcelo Neves:

“falamos de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e do texto constitucionais atinge as vigas mestras do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativas da população. Mas é sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, que implica a generalização do código lícito/ilícito, ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico, que se caracterizará de forma mais clara a constitucionalização simbólica. (...) Os direitos fundamentais, a separação de poderes, a eleição democrática e a igualdade perante a lei, institutos previstos

⁵⁰ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, p. 95. Marcelo Neves demonstra, ainda, que a Constituição Simbólica não se confunde com o conceito de Constituição Nominalista, aquela que possui apenas os efeitos negativos já apontados da Constituição Simbólica, além disso, também não se confunde com o Conceito de Constituição Instrumental pois os efeitos da Constituição Simbólica são mais políticos-ideológicos do que propriamente jurídicos.

abrangentemente na linguagem constitucional, são deturpados no processo concretizador, principalmente com respeito à generalização, na medida em que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica etc.”⁵¹ (sem grifos no original)

Na linguagem da teoria dos sistemas de Luhmann, utilizada por Marcelo Neves, partindo de uma observação empírica, a constitucionalização simbólica significa a alopoiese do sistema jurídico, ou seja, grande parte da sociedade moderna está “regulada” por um direito alopoiético. Constitucionalização simbólica como alopoiese do direito, porque tem-se, nesse fenômeno, a sobreposição do sistema político sobre o Direito. “Daí porque se fala de ‘sociedade hiperpolitizada’ em casos de constitucionalização simbólica”⁵².

3.3) CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Marcelo Neves entende que o problema da constitucionalização simbólica é verificado especialmente nos países periféricos, como o Brasil, que possui atualmente, na opinião desse autor, uma Constituição nominalista, carente de normatividade.

Isso significa dizer, na opinião de Neves, que a Constituição Federal de 1988 é dotada de um conteúdo simbólico expressivo.

⁵¹ Marcelo Neves, Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. p.327.

⁵² NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, p. 132. Para um aprofundamento nessa questão e a verificação de outras posições teóricas ver HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade Vol. I e II.

Nesse sentido, no Brasil, a “falta de concretização normativa-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a ‘culpa’ para a sociedade desorganizada, ‘descarregando-se de ‘responsabilidade’ o Estado ou o governo constitucional’. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto.”⁵³

Concorde-se ou não com o posicionamento de Marcelo Neves com relação à Constituição Federal de 1988, é inegável que o instrumental teórico trazido por esse constitucionalista, no tocante à questão da constitucionalização simbólica, é de grande relevância para a análise e para a própria busca e concretização da normatividade constitucional, em especial em tempos de “globalitarismos⁵⁴”, pois, ao identificar o conteúdo simbólico do texto constitucional, também se está a denunciá-lo.

⁵³ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, p. 160-161. Conforme aponta Neves: “o Estado apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por culpa do subdesenvolvimento da sociedade. Já na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas relações de poder, os quais pretendem freqüentemente representar a ‘subcidadania’, invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a ‘realidade constitucional inconstitucional’ e atribuir ao Estado/governo dos ‘sobrecidadãos’ a ‘culpa’ pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/governo em outras mãos.” (p. 152).

⁵⁴ Globalitarismos é mais uma das expressões utilizadas por Milton Santos para caracterizar e definir o atual processo de globalização. Segundo Milton Santos, “para a grande maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades.” (Milton Santos, Por uma outra globalização, p. 19).

Além disso, o objetivo da análise aqui proposta não é de forma alguma desqualificar o texto constitucional e o discurso constitucional da normatividade e efetividade da Constituição Federal, muito pelo contrário. O que se quer, partindo da premissa da absoluta necessidade de concretização dos objetivos e finalidades do texto constitucional de 1988, é estudar e conhecer as dificuldades existentes (diagnosticando alguns dos principais “perigos”) e destacar a tarefa imprescindível dos operadores do Direito na defesa dos direitos fundamentais que encontram na Constituição a sua morada por excelência.

COMENTÁRIOS FINAIS

Todas essas questões são sentidas e tem pertinência com a questão da efetividade da Constituição e de sua força normativa. Verificar alguns limites impostos ao texto constitucional por esse processo de enfraquecimento da soberania estatal e o fortalecimento de normatividades não estatais (produzidas pelo mercado) é necessário para conhecer os desafios e procurar superá-los. Verificar e analisar o processo de constitucionalização simbólica também serve para se tomar cuidado com o esvaziamento do discurso constitucional, muitas vezes instrumentalizado por outros discursos não tão preocupados com a normatividade constitucional e sua efetividade social.

Uma das formas de se combater os efeitos nocivos dessa globalização com domínio monetário-imperialista, calcada numa mentalidade pragmática neoliberal e que fortalece a constitucionalização simbólica é através de uma reação democrática e socializante, como salienta Alain Touraine:

“Não voltemos às facilidades de um liberalismo que se acomoda tão facilmente à miséria e à dependência de uma grande parte da humanidade e que se afunda numa sociedade ‘de consumo’ onde o sujeito humano se dilui. Contra os totalitarismos, mas também permanecendo afastado de uma sociedade reduzida a um mercado, é preciso conceber uma democracia que repouse sobre movimentos sociais que defendam o sujeito humano contra a dupla impersonalidade do poder absoluto e do reino da mercadoria.”⁵⁵

⁵⁵ TOURAINE, Alain. Crítica da Modernidade. : Vozes, p. 376.

Observa-se claramente que a Constituição Federal de 1988 representa um importante instrumento emancipatório de reação contra o atual processo perverso de globalização. E não se deve esquecer que existe uma tensão necessária entre a normatividade constitucional e a realidade, pois se não existisse essa diferença de nível, talvez, não fosse necessário proclamar e lutar por uma Constituição (Democrática e Social).

Entretanto, não é possível desprezar a contribuição de Lassalle ao chamar a atenção para a importância de estar atento às condições reais de poder, pois, “o grito angustioso ‘de cerrar fileiras em torno da Constituição’⁵⁶” é propalado a todos os cantos do Brasil e, na lição de Lassalle, “mau sinal quando êsse grito repercute no país, pois isto demonstra que na Constituição escrita há qualquer coisa que não reflete a Constituição real⁵⁷”.

Assim, apesar do triste quadro traçado, é de grande valia a lição do grande mestre Milton Santos: “Todavia, podemos pensar na construção de um outro mundo, mediante uma globalização mais humana.”⁵⁸ É essa frase que anima o desenvolvimento desse e de outros trabalhos.

⁵⁶ LASSALE, Ferdinand. Que é uma Constituição, p. 112.

⁵⁷ LASSALE, Ferdinand. Que é uma Constituição, p. 112-113.

⁵⁸ SANTOS, Milton, Por uma outra globalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GALBRAITH, John Kenneth. *O pensamento econômico em perspectiva: uma perspectiva crítica*. São Paulo: Pioneira/Ed. da USP, 1987.

GEDIEL, José Antonio Peres.. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. Em: Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade Vol. I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição*. Rio de Janeiro: Laemmert: 1969.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica Política e Direito*. Porto Alegre: Fabris, 2002,

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Coimbra Ed. 1997.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a, 33n. 132 out/dez. 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: ed. Coimbra, 1987.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Em: Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Milton, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: contributo para uma dogmática constitucional emancipatória*. Dissertação de Mestrado apresentada na UFPR. Curitiba. 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. 4ª ed., Petrópolis: Vozes, 1997.