ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA: A PERIFERIZAÇÃO DO CENTRO E O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO

THE SYMBOLIC CONSTITUTIONALIZATION: THE PERIPHERIZATION OF THE CENTER AND THE STATE OF EXCEPTION AS A GOVERNMENT'S PARADIGM

Manoel César de Alencar Neto*

RESUMO: O Estado de Direito e suas modificações são frutos da constante luta da sociedade e da inversão de dominação de grupos. A Constituição passa a ser a garantidora de direitos fundamentais e a racionalizar o poder político, de forma a evitar as atrocidades do fechamento, tanto do político quanto do jurídico. Passa, assim, a ser a mediadora das ingerências políticas no sistema jurídico. O presente trabalho pretende analisar até que ponto a hipertrofia de outros sistemas perante o jurídico atinge a sociedade mundial, observando o fenômeno da constitucionalização simbólica e do estado de exceção como resultado desta situação.
Palavras-chave: Estado de Direito. Constitucionalização simbólica. Estado de exceção.

ABSTRACT: The State of law and its amendments are results of the constant struggle of society and the reversal of the domination of groups. The Constitution becomes to be the guarantor of fundamental rights and to rationalize the political power in order to prevent the atrocities of the closing of both the political and legal systems. It thus starts to be the mediator of political interference in the legal system. This study seeks to examine the extent of the hypertrophy of other systems among the legal one and check if it reaches the global society whatsoever, observing the phenomenon of symbolic Constitutionalization and the state of exception as a result of this situation.
Keywords: State of Law. Symbolic Constitucionalization. State of exception.

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Campina Grande – Paraíba – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A constante luta da sociedade formou o próprio Estado Direito e o modificou no transcorrer da história, até culminar no chamado Estado Democrático de Direito, Estado Social de Direito ou Estado Material de Direito. A sua criação, contra o voluntarismo político do monarca e da insegurança jurídica, que iam de brusco contra a ascendente classe burguesa que clamava por liberdade e igualdade, foi forma de regular as relações sociais através do Direito.

Como o fechamento do sistema político no Estado gera as atrocidades já vividas no monarquismo, e agora o Direito regulando a sociedade, chegando, pois, às extremas atrocidades causadas pelo positivismo puro, também se observa que o fechamento, nesse momento, do sistema jurídico no Estado também não mais atende aos anseios sociais.

Os dois sistemas autônomos – jurídico e político – não bastam para a regulação estatal. Em um sentido estritamente moderno, a Constituição é o texto que garante direitos fundamentais e racionaliza/limita o poder político, e observando-a como um subsistema jurídico como abertura ao sistema político como forma de mediar as suas ingerências, tem-se um sistema vivo em que a dinâmica e a complexidade social são levadas ao sistema jurídico. Temos, pois, o Estado Material de Direito. A Constituição serve para evitar o fechamento de qualquer dos sistemas.

Posteriormente a um estudo sobre a Legislação simbólica, como forma de demonstrar que o fenômeno pode ser observado também no interior do ordenamento jurídico, adentra-se na constitucionalização simbólica, que ocorre quando o texto constitucional, e todo o discurso a ele referente, servem como álibi do legislador e do governo perante a sociedade.

A Constituição álibi em muito se assemelha às Constituições normativas, aquelas que se aplicam à realidade, principalmente no tocante à positivação de valores e direitos. Porém, diferenciam-se em um ponto fundamental: o próprio contato com a prática.

Conclui-se que esse fenômeno ocorre quando há uma hipertrofia do sistema político perante o jurídico. A mediação garantidora e racionalizadora/limitadora não mais existe. Melhor: existe, porém, de maneira simbó-

lica, apenas nominalista.

Como tal fenômeno é bem mais observado em democracias menos avançadas, em que, repetindo, o sistema político interfere no sistema jurídico de maneira direta e arbitrária, tais sociedades são as chamadas sociedades periféricas. Logicamente, as sociedades que possuem constituição normativa são as chamadas centrais.

Porém, a situação da constitucionalização simbólica não mais é identificada apenas na periferia moderna. A Constituição álibi toma outra forma na modernidade central, com o sobrepujamento de outro sistema, autônomo, perante o jurídico. Com isso, observar-se-á que o Estado Material de Direito não é mais que o resultado de mais uma luta da sociedade, e, como tal, também é uma situação de dominação de determinada(s) classe(s) sobre outras. Demonstrar-se-á, então, que o equilíbrio da sociedade mundial e internacional se pauta em uma força de lei, porém, sem lei, restando, pois, a força.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CONSTITUIÇÃO

Para uma compreensão melhor fundamentada, o presente trabalho não dispensa um esboço histórico do Estado de Direito e da Constituição. Disso ocupam-se as linhas que suguem.

O mercantilismo e o colonialismo reinavam conjuntamente com o absolutismo monarca no século XVI. Esse cenário político e econômico fomentado pelo Monarca foi explorado de tal forma pelos comerciantes que, além de extinguir o feudalismo, criou uma nova classe econômica e social, formada por esses comerciantes: a burguesia.

À medida que os burgueses ganhavam força política e econômica, com a expansão de seus negócios e também de suas riquezas, auferiam também influência nas decisões políticas do Estado. E, com isso, além dos interesses financeiros, sentiram a necessidade de combater a estrutura estatal absolutista, que, com uma visão organicista da sociedade, colocando o Estado como anterior ao indivíduo, confundia-os como se fossem um só corpo, e não, este último, em seu caráter singular[1].

A influência do jusnaturalismo, que qualificava o homem como por-

1 Para um aprofundamento, Cf. (BOBBIO, 1992.)

tador de direitos naturais inerentes a ele mesmo, da exaltação do homem e de sua razão do iluminismo, e, principalmente, com a extrema necessidade de abolir o voluntarismo político do monarca, que acarretava uma imensa insegurança jurídica nas relações políticas/econômicas. Isso fez a classe dominante – burguesia – revoltar-se com a situação política dominante e, com isso, lutar por uma realidade distinta, que propiciasse a livre comercialização de mercadorias, a não intervenção voluntarista do monarca nos assuntos do Estado, a segurança jurídica e a igualdade de todos perante a lei.

Essa situação teve seu cume em meados do século XVIII, com as revoluções burguesas, tendo maior importância, no ocidente, a Inglesa, a Americana e a Francesa. Foi nesses movimentos que, justamente, com a necessidade de se garantir a igualdade de todos perante uma lei certa e posta elaborada por representantes da sociedade, criou-se o conceito estritamente moderno de Constituição, como sendo um estatuto jurídico-político que limite/racionalize o poder político e garanta direitos fundamentais[2].

Todavia, mesmo representando um significativo avanço perante o Antigo Regime – Monarquia Absolutista -, o Estado Liberal, como é chamado, trazia desde seu surgimento fortes focos de desigualdade e injustiças[3], tendo como um forte exemplo o voto censitário.

E foi essa sobrevalorização patrimonial em detrimento da segurança social humana que favoreceu, já nos séculos XIX e XX, no cimo da Revolução Industrial, onde trabalhadores, que em nome da expansão desenfreada do capitalismo industrial eram submetidos a jornadas e condições de trabalhos sub-humanos, surgindo assim manifestações coletivas da massa de trabalhadores, exigindo direitos trabalhistas.

Pode-se dizer que o "espírito liberal" teve papel protagonista na situação instaurada. Com o fito de não intervir nas relações privadas, de deixar que as "leis do comércio" por si só regulem a vida das pessoas, o Estado deixou a vida de todos em poder de poucos. O mundo capitalista, que não menos que

2 Pode-se afirmar que esse é o marco inicial do Constitucionalismo como conhecemos hoje, mesmo que alguns doutrinadores apontem a Carta Magna assinada pelo Rei João Sem Terra perante os barões jurando obedecer e aceitar suas limitações de poder.

3 Atualmente que as tratamos como tal, pois, como já foi exposto, no contexto dos fatos, significavam um grande avanço, e só temos, hoje, essa percepção, é porque a evolução da sociedade e, concomitantemente, do Direito, propiciou isso, através da renovação de valores que, a cada instante, faz-nos ter a certeza de que vivemos não em uma petrificação jurídica ou axiológica, mas sim em um sistema vivo.

obriga todos a consumir para viver, cria, *a priori,* duas classes[4], a já existente e revolucionária burguesa, e a classe proletária, constituída de trabalhadores.

Esses protestos, que unificaram o proletariado em volta de uma causa, e a ascensão do pensamento marxista na Europa, visavam à seguridade de direitos trabalhistas e sociais. A primeira Constituição que trouxe esses direitos assegurados foi a Constituição Mexicana – zapatista - de 1917, e, logo em seguida, a Constituição Alemã de 1919 – Constituição de Weimar –, que teve mais notoriedade que sua antecessora, deu início à asseguração dos direitos sociais nas Constituições dos Estados. Paralelamente, a Rússia, com a Revolução Comunista de 1917, trouxe também uma nova concepção de trabalho, divisão social, liberdade e justiça, baseados, logicamente, nas teorias de Karl Marx, Friedrich Engels e outros teóricos comunistas.

Destarte, conceitos clássicos de direitos fundamentais liberais passaram a ter outra interpretação: do individualismo ao coletivismo. O direito basilar do Estado Liberal de Direito – a liberdade – passou a ser contido com a intervenção estatal em prol de outro direito – a igualdade – que se sobressaiu nessa nova concepção de Estado: o Estado Social de Direito, meio termo entre o Liberal e o Totalitário (Nicht-Rechtsstaat).

Como se afirmou, houve uma alteração na forma de se compreender os direitos ditos fundamentais; se no Estado Liberal a igualdade era tida como o mesmo tratamento de todos pela lei, em contradição ao voluntarismo do Antigo Regime, a igualdade no Estado Social de Direito é a intervenção do Estado para propiciar que todos tenham as mesmas condições e possibilidades; se um é a igualdade perante a lei, o outro é a igualdade pela lei.

O novo papel do Estado é criar as condições para que todos vivam em uma sociedade justa e livre, com a possibilidade, inclusive, da intervenção direta do Estado, algo inadmissível no liberalismo.

Após duas Guerras Mundiais, e de um período de grande reverência ao positivismo jurídico, tendo como um dos principais teóricos Hans Kelsen, com um formalismo feroz, um imódico culto ao legalismo, a ponto de justificar as atrocidades do nazi-facismo, o número de "direitos" aumentou consideravelmente, assim como seu raio de abrangência, criando uma série de gerações ou dimensões de direitos fundamentais.

4 O próprio Karl Marx cria o termo "pequeno burguês" para designar a classe intermediária entre a burguesia e o proletariado.

2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A partir do esboço acima, pode-se concluir que o Estado de Direito, em toda a sua história, foi resultado da constante luta[5] da sociedade, ora para uma simples e gratuita manifestação de força, ora para a evolução e derrocada de sistemas ultrapassados que não mais respondem aos anseios políticos e sociais da realidade. Destarte, observa-se que os conflitos, ou simplesmente as mudanças da sociedade, fazem com que mudem também o Estado e o Direito.

Portanto, é indissociável do Direito a Política, como meio onde acontecem os conflitos que dão origem ao sistema jurídico, como fala com maestria o pensador político alemão Carl Schmitt (1888 – 1985) conceituando o político[6] como um campo independente das demais relações socioculturais, caracterizado pelo antagonismo "amigo/inimigo"[7], e mesmo pondo o problema da soberania, não no caso normal, mas sim no caso extremo, limítrofe[8], em clara oposição ao dogmatismo jurídico do positivismo e à impessoalidade política do liberalismo.

Como já foi colocado, pode-se conceituar a Constituição como a limitação/racionalização do poder político e como garantidora de direitos fundamentais – acepção estritamente moderna – porém, também é possível observar essa mesma Constituição moderna como "fator e produto da diferenciação entre direito e política como subsistemas da sociedade." (NEVES, 2007, p. 65).

As ingerências da política no Direito que irão criar a Constituição moderna, tida, pois, como a "abertura" política no sistema jurídico, como será demonstrado mais adiante. Com essa concepção, afirma-se que constitucionalização é o processo através do qual se realiza a diferenciação entre Direito e política, e com esse entendimento subentende-se que nem toda ordem jurídica-política organizada possui uma Constituição. Esse raciocínio demonstra a aproximação e influência indireta entre a Constituição "ideal" e a concepção de Constituição adotada nesse trabalho, como será demonstrado a seguir.

5 Para um aprofundamento, Cf. (VERDÚ, 2007).
6 Para um aprofundamento, Cf. (ALMEIDA FILHO, 2007).
7 Para um aprofundamento, Cf. (SCHMITT, Carl, 1992).
8 Para um aprofundamento, Cf. (SCHMITT, Carl, 2006).

2.2 CONSTITUIÇÃO

Seria um esforço penoso e desnecessário tentar demonstrar todas as concepções através da história e da filosofia do que seria uma Constituição, como também tentar elaborar um conceito livre de qualquer crítica ou oposição. Porém, dada a importância de uma delimitação teórica, buscou-se uma visão adequada ao objetivo do trabalho e da futura adjetivação de constitucionalização simbólica, aos passos do trabalho do professor Marcelo Neves[9].

Pode-se fazer, porém, apesar da pluralidade de conceitos, uma classificação fundamentada em quatro tendências fundamentais: "sociológica"; "jurídico-normativa"; "ideal"; e "cultural-dialética".

A primeira tendência, que tem como um grande expoente Ferdinand Lassale, que equipara texto e norma constitucional, submetendo o ordenamento jurídico – Direito e a Constituição como lei fundamental – aos influxos do poder político. Destarte, a Constituição é fruto das relações de poder, não compreendendo a atividade constituinte como um "processo de filtragem de expectativas normativas de comportamento." (NEVES, 2007, p. 59).

Na visão jurídico-normativa, a doutrina kelseniana da "pirâmide normativa", colocando a Constituição no seu topo e caracterizando-a pela diferenciação procedimental de modificação com as leis ordinárias, ou "inferiores", identifica ordenamento jurídico e Estado e concebe a norma no sentido *objetivo-ideal* de um ato de vontade. Isso acarreta, usando as primorosas palavras do Professor Marcelo Neves:

Embora não se proponha com isso uma identidade de norma e texto normativo, desconhece-se a realidade das expectativas normativas constitucionais como elementos estruturais da Constituição jurídica, o que torna o modelo teórico kelseniano inapropriado para uma abordagem referente à funcionalidade do direito constitucional, ou seja, à força normativa do texto constitucional (NEVES, 2007, p. 60).

Porém, mesmo que em sua obra Kelsen aplique o conceito de "validade objetiva", criando o entendimento de que uma norma positiva apenas é válida quando o sentido subjetivo (dever-ser não vinculativo) é interpretado como sendo também o seu sentido objetivo

9 Na obra do professor utilizada no trabalho, Cf. (NEVES, 2007).

(dever-ser vinculativo) [10], abrindo, assim, um espaço para uma interpretação sociológico-jurídica, com a relação entre validade e eficácia constitucional, não é essa a sua vertente.

A sua dimensão axiológica ou moral é limitada à Constituição "ideal", fruto das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, sendo, assim, o ideal de Constituição aquela portadora das garantias burguesas. Um grande exemplo dessa vertente é expressa no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, expondo que uma sociedade que não assegure a garantia dos direitos e a separação dos poderes em uma forma escrita não possui uma Constituição. Nesse contexto, então, pode-se afirmar que a Constituição se confunde com um sistema de garantia da liberdade burguesa (liberdade perante a lei), com a divisão dos poderes e com uma forma escrita, ou seja, como já foi exposto nesse trabalho, confunde-se com o Estado Liberal burguês.

Destarte, pode-se, agora, observar a relação indireta que esse conceito apresenta com o conceito de Constituição utilizado neste trabalho: como já se falou, a Constituição em sentido moderno surge com a positivação do direito, podendo-se afirmar, assim, que os Estados pré-modernos e os totalitários e autoritários não possuem Constituição. Levar-se-á em conta nesse trabalho o problema da autonomia do sistema jurídico, como forma de se observar o fenômeno da constitucionalização simbólica. Todavia, a diferença desta com a concepção "ideal" está, pois, que esta supõe a declaração, a proclamação axiológica tida como verdadeira, ou a evolução da consciência moral.

A semelhança – e certa influência – entre ambos reside na positivação do direito, e a diferença, na ênfase dada por cada um. Essa sutileza será aprofundada ainda neste trabalho.

A vertente "cultural-dialética", para finalizar essa explanação, resulta de uma relação entre o *dever-ser* e o *ser* constitucional, ou seja, entre o "ideal" e o "real". Os pensamentos de Heller e Smend demonstram bem as características dessa perspectiva. O primeiro afirma que a Constituição é a expressão parcial de um todo, da relação entre normalidade e normatividade, assim como a normatividade jurídica e extrajurídica. Smend afirma que a Constituição é conceituada como a ordem jurídica do processo de inte-

10 Cf. (KELSEN, Hans, 1998, p. 5-6).

gração do Estado, ou seja, é a "normatização legal de aspectos particulares desse processo." (NEVES, 2007, p. 63).

A Constituição pode ser concebida como um produto político, porém, para este trabalho, utilizar-se-á a concepção de que esta é um subsistema do jurídico. Pode-se dizer que o Direito utiliza o código-diferença binário "lícito/não-lícito", de modo que, assim, diferencia-se dos demais sistemas sociais. Esse entendimento traz em si um "fechamento" teórico, delimitando o Direito a si próprio. Porém, como já foi exposto nesse trabalho e observado na história, esse dogmatismo positivista, por mais que tente por si só criar mecanismos internos contrários, valida qualquer ordenamento, por mais absurdo que pareça[11].

No entanto, de modo a evitar esse "fechamento" em si mesmo do sistema jurídico, e de uma positividade cega, um elemento que faz parte desse sistema (subsistema), cria uma "abertura" do jurídico a outro sistema autônomo, de modo a propiciar uma interpenetração e uma interferência, simultaneamente, garantindo direitos fundamentais e racionalizando o político: a Constituição.

Se, pois, nas sociedades pré-modernas e nos Estados autoritários, o jurídico serve de contrapeso ao político, de modo a impedir, ou regular, a utilização da força e do poder, evitando uma relação hierárquica entre Direito e Política, onde este voluntariosamente usa e manipula aquele, subordinando o código diferença típico do jurídico – "lícito-ilícito" – a um outro código diferença, do sistema político – "poder/não-poder".

Portanto, do mesmo modo que o Direito serve à Política a fim de evitar um "fechamento" em si mesmo, não se defende algo que evite esse mesmo fenômeno no sistema jurídico. Tal "subsistema", pois, é a Constituição, que, repetindo, faz parte do sistema jurídico, mas serve como abertura à política. Pode-se concluir, assim, que a Constituição é "a forma com a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia." (NEVES, 2007, p. 71).

Serve como mediação do sistema político ao jurídico, por isso que

11 Mesmo, por exemplo, o conceito de "validade objetiva" de Kelsen, em que, para ser tida como válida, uma norma necessita que seus sentidos objetivos e subjetivos interajam reciprocamente, ou seja, deve existir e está em conformidade com uma outra norma "superior", e também ter eficácia no sentido positivista, qual seja, ser observado na realidade, nada impede que direitos fundamentais sejam violados, dando margem, assim, a uma infinitamente maior utilização da força e do poder por pequenos grupos, esquecendo-se, assim, das minorias, como claramente pôde ser observado no nacional-socialismo (nazismo).

se diferencia Constituição de legislação ordinária. Essa não mediação leva à manipulação arbitrária do Direito, impedindo, assim, sua positivação, pois não haveria necessidade de se "filtrar" uma vontade constitucional ou jurídica, bastando a força (poder) para isso.

3 LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

A visão (positivista) de que as leis são os meios únicos, suficientes e insuperáveis para a concretização da vontade do legislador é alvo de críticas incisivas, que afirmam que essa concepção reduz a dinâmica e a complexidade social a uma simplicidade jurídica absurda.

Porém, o fracasso dessa função da instrumentalidade da lei não se dá, exclusivamente, devido ao problema apontado da ineficácia normativa. Há outros fenômenos que auxiliam essa situação, que é, então, o problema da legislação simbólica, ou da função simbólica de determinadas leis.

O Direito, como já foi apontado nesse trabalho, é um sistema autônomo fechado e que, para evitar esse fechamento, mesmo como forma da presença da realidade (complexidade, dinâmica social, etc.) em si, "abre-se" à ingerência política através do subsistema "Constituição", que, mediando o jurídico ao político, determina o modo e a amplitude de qualquer reciclagem no ordenamento jurídico, como forma de evitar influências diretas nessa modificação.

A criação legislativa, pois, é o momento em que se encontram o político e o jurídico. Quando, porém, esse "isolamento" da produção normativa é desrespeitado, ou deixado de lado, havendo, assim, um sobrepujamento do político nessa situação, a ponto de deixar função normativo-jurídica primária – deôntico-jurídica de ação e texto a realidade – em papel secundário – político-valorativo ou "político-ideológico" –, então há, aí, o que se chama de Legislação simbólica, que nas palavras do professor Marcelo Neves:

Considera-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a 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

(NEVES, 2007, p. 30).

Há uma variedade de enquadramentos na conceituação da legislação simbólica, havendo muitas tentativas de classificações, nem todas compatíveis com o conceito adotado. Por exemplo, as declarações e os preâmbulos constitucionais, à primeira vista, não são classificados como legislação simbólica, pois ambos servem, ou poderiam servir, à interpretação do texto constitucional, ou seja, servem à concretização deste.

Os símbolos nacionais, como as bandeiras, brasões, hinos, etc., também não possuem características simbólicas, pois possuem força normativa, implicando, até mesmo, em casos de desrespeitos, por exemplo, em sanções penais.

Destarte, foi proposto um modelo tricotômico para definir a tipologia da legislação simbólica, classificando seu conteúdo como para "a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado; e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios" (KINDERMANN, 1988, apud NEVES, 2007, p. 33).

No primeiro caso, legislação simbólica como confirmação de valores sociais, o que ocorre quando determinados grupos pretendem se diferenciar de outros, e, para isso, põem em secundário a eficácia normativa em detrimento desta confirmação, criando legislação sem interesse na sua eficácia instrumental, como uma forma de "vitória legislativa" de grupos. Um exemplo desse caso é a *lei seca* instaurada nos Estados Unidos da América na década de 10.

O segundo caso ocorre quando a legislação simbólica é justificada para auferir a confiança dos cidadãos nos Governos, no Estado e nos sistemas jurídico e político. As pressões políticas populares fazem com que o legislador procure satisfazer essas expectativas sem que, com isso, haja criação de condições que tornem sua efetivação concreta. É o caso da legislação simbólica, que tenta demonstrar a capacidade de ação do Estado, também denominado de Legislação-álibi. Além, nesse caso, de não solucionar concretamente os problemas que deveria, a legislação obstrui, ainda, o caminho para que eles sejam resolvidos efetivamente.

Isso porque se entende que as leis não são, por si sós, capazes de modificar a realidade de forma direta, dependendo, para isso, da interferência

de várias outras variáveis, além da normativo-jurídica. A legislação-álibi cria (a imagem de) um Estado que responde aos problemas da população apenas da maneira normativa, sem se ocupar com sua real efetividade. A normatividade (criação de legislação), pois, é o "álibi" do Estado o do governo.

O terceiro caso ocorre quando o legislador cria legislação já com uma perspectiva de ineficácia, como forma de adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios, ou seja, a resolução do problema terá um futuro incerto. Tal caso dá margem para acordo entre os grupos pressionados, criando lei com previsível falta de concretização.

A ineficácia da legislação é que a adjetiva como simbólica. Isso implica que, se a legislação é observada, usada, aplicada ou executada, porém não realize seu *fim*, não cabe falar em legislação simbólica. Se há a concretização normativa do texto legal, porém não a realização dos fins, não se caracteriza como simbólica. O que se leva em conta, então, é a falta de vigência social da norma.

4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Os parágrafos abaixo discorrerão sobre a Constitucionalização simbólica. Fez-se uma anterior referência à Legislação simbólica por dois motivos: primeiro, para demonstrar que o problema pode ser também observado no interior do ordenamento jurídico, e segundo, para se fazer uma analogia.

Apesar da analogia, o fenômeno da Legislação Simbólica não se confunde com o problema da Constitucionalização simbólica, pois, no caso deste, o problema abrange todo o ordenamento jurídico, por ser a Constituição a mediadora das intervenções na legislação ordinária, fazendo com que qualquer modificação política no jurídico não seja voluntarista, enquanto que na legislação simbólica o problema é específico, abrangendo apenas seu âmbito parcial interno.

Partindo desse princípio, pode-se afirmar que não se fala em Constitucionalização simbólica quando apenas alguns dispositivos da Constituição são ineficazes. O problema não reside na parcialidade da Constituição – subsistema jurídico – mas sim quando há um hipertrofiamento do político perante o jurídico/ constitucional, refletindo, assim, na mediação entre os

sistemas, afetando todo o ordenamento jurídico.

Assim como na legislação simbólica, o conteúdo do constitucionalismo simbólico pode ser classificado em três formas de manifestações: "1) a constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; 2) a Constituição como fórmula de compromisso dilatório; e 3) a constitucionalização-álibi" (NEVES, 2007, p. 102).

A primeira forma é aquela em que os dispositivos constitucionais se apresentam como confirmações valorativas, religiosas, etc., sem que, com isso, haja algum tipo de relevância normativo-jurídica. Porém, nesse caso, pois, muitas vezes esses textos "constitucionais" estão ligados a governos autocráticos, que não respeitam os princípios do constitucionalismo moderno – limitação/racionalização do poder e garantia de direitos fundamentais – de tal maneira que, a princípio, não cabe a caracterização de constitucionalização simbólica.

Já na Constituição como fórmula de compromisso dilatório, a Carta Política não se destina à regulação e à ordenação objetiva "de certos assuntos controversos, 'mediante transações' em torno da organização e do conteúdo da Constituição" (*Idem*, *ibidem*). Serviriam, os compromissos dilatórios, a um afastamento e adiamento da resolução de problemas, objetivando a criação de uma fórmula em que todas as exigências contraditórias seriam satisfeitas, deixando indecisa a disputa.

Esse caso, porém, pode ser identificado em qualquer processo de constitucionalização, o que implicaria em uma função simbólica a aspectos parciais da Constituição.

Quando esse problema atinge e compromete todo o sistema constitucional, estamos, então, diante de um problema mais abrangente, e que se restringe à questão da constitucionalização simbólica – devido à sua magnitude quanto ao impacto no sistema constitucional – que é a constitucionalização-álibi.

Os casos em que a própria atividade constituinte, o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam como álibi aos legisladores e governantes, como também para "detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal" (NEVES, 2007, p. 103-104).

As pretensões de grupos dominantes pela representação simbólica de sua "ordem" no Estado, sem, com isso, decorrer nenhuma modificação real

no processo de poder é o que justifica a constitucionalização simbólica em detrimento da Constituição normativa.

A Constituição "nominalista"[12], é aquela em que a concretização constitucional é bloqueada, fazendo com que o seu texto perca seu valor normativo-jurídico perante as relações de poder. Os pressupostos alheios ao jurídico estão ausentes para a concretização da Constituição.

O próprio Loewenstein, por sua vez, vê na Constituição "nominalista" uma concretização futura, crendo na capacidade, idoneidade e interesse dos detentores do poder em "realizá-la" e do povo em "recebê-la" em um futuro distante, apontando, ainda, a função educativa dessa Constituição.

Cremos, ao contrário, que as Constituições nominalistas, como frutos de interesse dos detentores do poder, não são criadas para serem concretizadas, necessitando, para isso, uma mudança nas relações sociais, contrária ao interesse dos dominantes. As constituições normativas[13] possuem o mesmo programa das nominalistas – racionalização/limitação do poder e garantia de direitos fundamentais – o que as diferencia, portanto, é sua relação com a *práxis*.

Portanto, a Constituição nominalista representa uma função hipertroficamente simbólica do texto constitucional. Não há concretização na realidade funcionando, assim, como um álibi, mesmo seu texto garantindo e partindo dos mesmos princípios da Constituição estritamente moderna.

Pode-se concluir que a constitucionalização simbólica se apresenta em dois sentidos: negativo e positivo. Na primeira perspectiva, identifica-se a falta de normatividade da Constituição. A esse ponto do trabalho, já concluímos que o texto constitucional (ou legal), por si só, não representa uma mudança na realidade, dependendo, para isso, de influências outras[14] para sua concretização[15], portanto, esse aspecto se caracteriza por haver uma legislação tal que,

12 Fruto da classificação de Karl Lowenstein em três tipos básicos de Constituições: Normativa, nominalista e semântica (instrumentalista).

13 Aquelas que realmente se aplicam no mundo real, direcionando as relações sociais conforme seus procedimentos e conteúdo.

14 Normas congruentemente generalizadas.

15 Não adotamos uma diferenciação entre "concretização" e "realização", pois se incluem nesse processo todos os agentes políticos, órgãos estatais, população e organizações privadas, filiando-se às teorias dos pensadores alemães Friedrich Müller e Peter Häberle, que veem, necessariamente que "a norma, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização" (NEVES, 2007, p. 85) e que "o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional" (Idem, p. 87).

por não possuir as ingerências de outros sistemas sociais, não se concretiza.

E, dependente do sentido negativo, o sentido positivo "na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico" (NEVES, 2007, p. 95).

A dependência do sentido negativo se dá pela ausência de normatividade, não se concretiza o texto constitucional. Mas responde a exigências não só populares, mas também no âmbito externo ou mundial. Típico das Constituições nominalistas, pois asseguram no texto constitucional determinados direitos – como à democracia, à paz e outros direitos fundamentais – mas não se aplicam na realidade. Por isso que se afirma que a constitucionalização simbólica desempenha um papel ideológico.

Entende-se por ideológico a deturpação de uma verdade essencial, fazendo com que se imprima um modelo que, para se concretizar, seria necessária uma total modificação das condições sociais vigentes.

5 A PERIFERIZAÇÃO DO CENTRO

O uso da diferenciação entre centro e periferia não se reporta a sociedades temporalmente diferenciadas – sociedades tradicionais e modernas – mas sim para uma mesma e contemporânea sociedade mundial. A diferença se pauta na sociedade moderna como fruto e favorecedora de desigualdades sociais e econômicas. Tal situação influencia diretamente todos os sistemas sociais, principalmente o político e o jurídico.

Sabe-se que o sistema jurídico, como forma de evitar seu fechamento em si mesmo, possui uma abertura para captar e mediar os influxos da sociedade, de tal forma que cria um sistema que é interpenetrado e interferido por outro sistema autônomo e fechado, tal subsistema é, pois, a Constituição.

Do mesmo modo, o sistema político também é interpenetrado e interferido pelo jurídico, como forma de limitá-lo e racioná-lo, evitando o voluntarismo e o autoritarismo. O político e o jurídico, então, dependem um do outro para sobreviverem no mundo moderno. A diferenciação fundamental entre os sistemas se dá pelo código diferença, os binômios, político, "poder/não-poder", e jurídico "lícito/ilícito".

O equilíbrio entre essas interferências e interpenetrações é fundamental para ambos os sistemas. Porém, em determinadas sociedades onde esse equilíbrio sofre, de alguma maneira, algum vício, não havendo assim a concretização da constitucionalização moderna que se funda na garantia dos direitos fundamentais e no limite político, ou na teoria dos sistemas, há uma hipertrofia de um sistema (político) sobre outro (jurídico), em que não se consegue identificar com clareza um ou outro. Tais sociedades são chamadas de periféricas.

Destarte, sobre a modernidade periférica, pode-se afirmar que o seu problema estrutural "vincula-se à falta de suficiente autonomia operacional dos sistemas jurídico e político, bloqueados externamente por injunções diretas [...] de critérios dos demais sistemas sociais, principalmente do econômico" (Idem, p. 173).

Ora, se os sistemas, jurídico e político na sociedade moderna dependem um do outro, e tal situação não ocorre, mesmo essa mesma sociedade se pautando nos princípios modernos já citados, algo deve estar ocorrendo. E não apenas porque o professor Marcelo Neves se vincula a essa visão, mas por também compreender dessa forma, o sistema econômico é o causador maior – não tendo a coragem nesse trabalho de afirmar que é o único – da sobrevaloração de outros sistemas perante o jurídico – e, por conseguinte, no político.

O sistema econômico também é um sistema autônomo fechado, fundado no código diferencial "ter/não-ter". Todavia, por si só não teria esse sistema a força suficiente para causar a hipotrofia do jurídico. Nesse momento é que o sistema político é "utilizado" para a dominação econômica. Seria, então, o "poder" para o "ter". Os elementos e critérios da Constituição passam a ser substituídos por critérios, programas e elementos de outro sistema, e assim, logicamente, modifica-se a própria Constituição.

Percebe-se que os países periféricos possuem uma Constituição não-normativa, tendo características instrumentalistas e nominalistas, porque servem como meio para a consecução de fins dos dominantes do poder, e porque, agora no caso das nominalistas, possuem em seu texto a garantia de determinados direitos que não se concretizam. Portanto, a Constituição se apresenta como simbólica como álibi.

Alguns direitos e garantias são efetivados apenas a uma minoria detentora do poder. Para os demais, o que resta da Constituição é uma série de restrições oficiais. Tal minoria detentora do poder, diante de uma sociedade em sua maioria desfavorecida, e ainda com um texto constitucional nominalista, põe a culpa da não concretização das normas da Constituição no subdesenvolvimento.

Concluiu-se, então, que o constitucionalismo simbólico é um problema especificamente dos países periféricos. Passaremos a analisar, pois, se tal fenômeno se estende aos países da modernidade central, ou seja, aqueles que possuem uma constituição, à primeira vista, normativa.

No mercado global em que vivemos no expansionismo do código econômico, que acabam por surtir efeitos também no direito e na política e em outros sistemas da sociedade, acaba por adentrar também nos países centrais, levando-os a uma perda da força normativa de suas Constituições, que, por sua vez, passam a ser simbólicas.

O problema supera a questão apenas da concretização da Constituição. O que se observa é um atrofiamento na força normativa das Constituições social-democráticas, causando um atrofiamento nas prestações do Estado de bem-estar social, ou seja, nota-se uma expansão destrutiva também nos países da Europa Central e da América do Norte.

As ingerências do sistema econômico, na realidade, determinam o sistema jurídico, percebendo-se uma clara hipertrofia que passa a mediar e condicionar o processo legislativo, superando o jurídico e o político como sistemas autônomos que se interpenetram e se interferem. É o econômico, agora, que interpenetra e interfere na constitucionalização e na atividade legiferante.

E não se pode colocar a culpa em falhas das políticas internacionais ou nos seus órgãos, pois, atualmente, e ainda por muito tempo, a política e a Constituição como fenômeno social, esta permanece, fundamentalmente, segmentada nos Estados, ao contrário do que acredita Luigi Ferrajoli[16].

Os direitos e garantias fundamentais arrogadas pelas Constituições de bem-estar social passam a ser excluídos para se amoldar à mediação e ao condicionamento que o código econômico exige, e, a exclusão, que era exclusivo dos países periféricos, dando privilégios a poucos e excluindo

16 Para um aprofundamento, Cf. (FERRAJOLI, 2002).

muitos, passa a atuar, agora, nos países centrais, à medida que excluem as minorias que não atuam diretamente no "poder" para "ter", dando, assim, regalias aos que o possuem.

6 O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO: UMA RELAÇÃO COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

A constitucionalização simbólica, equiparada à Constituição nominalista, ou álibi, é o processo de criação de uma Constituição moderna, como abertura do sistema jurídico ao político, porém, sem concretização. Havendo o texto legal garantidor de direitos e garantias criado um álibi para os detentores do poder, que põem a culpa pela não concretização constitucional em elementos outros.

Esse nominalismo constitucional ocorre pelo hipertrofiamento de outros sistemas perante os sistemas jurídico e político. Chegamos à conclusão que o sistema econômico se mostra como o capaz de condicionar o processo constituinte e legiferante, adaptando-os aos interesses dos detentores do "poder" para "ter". Portanto, o sistema jurídico é "dirigido" por outro sistema, não tem, pois, força.

Quando a Constituição possui um texto que não se concretiza, afetando, assim, todo o ordenamento jurídico (caso típico de constitucionalização simbólica), as normas que regularão o "mundo real" não estarão presentes no sistema jurídico, porém, há, ainda, uma ordem, mesmo que não seja jurídica. O hipertrofiamento de outros sistemas em detrimento do jurídico e do político, tomando-o, assim, sua força originária e se apropria do seu código diferenciador "lícito/ilícito", tira dos contrapesos entre jurídico e político, e coloca nas mãos dos detentores do poder.

Como o sistema econômico se sobressai, está nele repousada, atualmente, a força de lei. Porém, como não a lei em sentido jurídico, o que está verdadeiramente em suas mãos é apenas a força, por não haver outros sistemas que o medeie, e que o impeça de se "fechar" em si mesmo. Dessa maneira, não há "abertura" para que os anseios e a realidade o penetrem. O que já se percebeu, até agora, é uma diminuição, ou exclusão, das prestações do Estado de bem-estar social.

Nas palavras de Agamben, "o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei" (AGAMBEN, 2004, p. 61).

Como foi demonstrado que a constitucionalização simbólica está presente até mesmo nos países centrais da modernidade (centro e periferia), e havendo uma nítida aproximação entre o estado de exceção e a constitucionalização simbólica, pode-se afirmar que a sociedade global vive um estado de exceção permanente, estado de exceção como paradigma de governo.

Não são os sistemas jurídico e político que regulam as relações sociais, culturais, educacionais, etc., mas sim, outro sistema que, não o bem-estar social, mas sim, o bem-estar de poucos que fazem parte do poder é o objetivo. O Estado (ou os Estados), e o seu sistema jurídico apropriado, estão à mercê e a serviço do econômico.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. **Crise do Estado Moderno, neoliberalismo e democracia participativa**. In. LYRA, Rubens Pinto (Org.). **Estado e Cidadania:** de Maquiavel à democracia participativa. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LYRA, Rubens Pinto (Org.). **Estado e cidadania:** de Maquiavel à democracia participativa. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2006.

MARX, Karl; FRIEDRICH, Engels. **O manifesto comunista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político.** Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **Teologia política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Correspondência | Correspondence:

Manoel César de Alencar Neto
Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, Rua Baraúnas, 351, Bairro Universitário, CEP 58.429-500. Campina Grande, PB, Brasil.
Fone: (83) 3315-3300.
Email: netoalencar@uol.com.br