

CAPÍTULO 2

CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO FÁTICA: MUDANÇA SIMBÓLICA DA CONSTITUIÇÃO E PERMANÊNCIA DAS ESTRUTURAS REAIS DE PODER

2.1 Permanência e mudança da Constituição na teoria constitucional corrente

A discussão corrente em torno da permanência e mudança das Constituições tem como ponto de partida o modelo das “Constituições normativas”, definidas como aquelas que regulam relevantemente as relações reais de poder. Nessa perspectiva, aponta-se para um núcleo permanente das Constituições, do qual elas retiram sua própria identidade. Entretanto, enfatiza-se a possibilidade de mutações constitucionais. A respeito dessas mutações, podem-se verificar duas espécies básicas: mudanças da normatividade constitucional decorrentes diretamente de alterações do texto constitucional; e mudanças do sentido normativo da Constituição em face do processo de concretização ou realização constitucional.

A mudança da Constituição que resulta diretamente da modificação do texto constitucional pode ocorrer de acordo com o procedimento estabelecido na própria Constituição ou resultar de ruptura com o ordenamento jurídico constitucional. No primeiro caso, a mutação jurídica da Constituição é denominada, frequentemente, reforma constitucional. Alguns autores procuram classificar as reformas em emenda e revisão: as primeiras

seriam mais específicas; as últimas teriam uma pretensão de atingir mais genericamente o texto constitucional (cf. Jacques, 1983, p. 515; Menezes, 1972, pp. 226-7). Porém, não há univocidade no uso de tais expressões no direito constitucional positivo (cf. Horta, 1992, pp. 19 ss.; Pinto Ferreira, 1983, pp. 116-7). A rigor, cabe, sim, uma distinção entre a reforma constitucional, como mutação jurídico-positiva, e as mutações fáticas ou meramente políticas da Constituição. Produz-se, então, um novo texto constitucional sem vínculo consistente com a normatividade que decorria do anterior, sobretudo sem nenhuma base em procedimentos jurídicos preestabelecidos. Normalmente, a doutrina constitucional reduz tal situação ao poder constituinte revolucionário – do qual vai distinguir o poder constituinte fundacional (cf. Vanossi, 1975, pp. 136-7), que, na verdade, assume características revolucionárias quando implica uma ruptura com a ordem jurídico-política colonial imposta pela metrópole. Contudo, além da mutação constitucional de fato que resulta de uma ruptura radical com o conteúdo da ordem jurídica anterior, há também a possibilidade do poder constituinte resultante de processo de transição política, sem respeitar o procedimento de alteração constitucional previsto no sistema anterior. No caso de revolução, além de realizar-se em desconformidade com o procedimento de mutação constitucional preestabelecido, há uma ruptura radical e brusca com o conteúdo da ordem jurídica anterior. Na hipótese do poder constituinte (originário) de transição política, também não se atua conforme os procedimentos preestabelecidos, mas há acordos políticos entre agentes da antiga e nova ordem em torno do conteúdo da futura Constituição; há, então, continuidade política e descontinuidade jurídica.

Quanto às mutações constitucionais que resultam da transformação do sentido normativo do texto constitucional no processo

de sua concretização, podem-se distinguir duas possibilidades: mudanças decorrentes da interpretação/aplicação constitucional; alterações resultantes da práxis política independentemente de atividade hermenêutica em face do texto constitucional.

É indiscutível que o sentido normativo do texto constitucional modifica-se profundamente pela variação interpretativa (cf., em perspectivas as mais diversas, Kelsen, 1960, pp. 348-9 [trad. bras., 1998, pp. 390-1]; Smend, 1968, p. 236; Ehrlich, 1967, p. 295; Ross, 1971, pp. 111-2 e 130; Pontes de Miranda, 1972, p. 99; Carbonnier, 1972, pp. 150-2). A hermenêutica tem sublinhado que o intérprete, ao construir o sentido normativo de textos jurídicos, fica condicionado pelo contexto histórico-social em que os mesmos são aplicados (cf. Gadamer, 1990, pp. 330 ss.). Tal variação semântica no tempo e no espaço é indissociável dos condicionamentos pragmáticos, ou seja, dos interesses, expectativas e valores envolvidos no momento da interpretação/aplicação (Neves, 1988, pp. 127 ss.; Edelman, 1967, p. 141). E isso não só com relação aos órgãos oficiais de interpretação/aplicação jurídica (“intérpretes *stricto sensu*”), mas também ao público, enquanto dirige suas expectativas ao texto constitucional (Häberle, 1980). Daí por que se torna insustentável a “doutrina originalista” radical nos Estados Unidos, que defende um retorno ao sentido que os membros da Convenção de Filadélfia atribuíam ao texto constitucional de 1787 (a respeito, cf. Rakove, 1990). É sobretudo no sistema norte-americano que se verifica o quanto se destaca a mutação constitucional decorrente da atividade jurisprudencial. Mas também no sistema eurocontinental explicita-se cada vez mais o papel de construção e reconstrução constitucional desempenhado pelos tribunais constitucionais.

A mudança da Constituição no processo de sua concretização ou realização resulta também da práxis constitucional não

vinculada à atividade de interpretação/aplicação normativa. A maneira como se desenvolvem concretamente as relações básicas de poder, como atuam os órgãos estatais supremos, como se relacionam os cidadãos com o Estado e entre si pode implicar transformações constitucionais relevantes. É possível que isso resulte tanto em mutações de sentido normativo do texto da Constituição ou no preenchimento de “lacunas constitucionais” quanto no surgimento de uma normatividade constitucional marginal em face do texto constitucional ou no desuso em relação a certos dispositivos da Constituição. Além do mais, essa forma de transformação constitucional é típica das Constituições costumeiras, não intermediadas por texto constitucional.

2.2 Concretização desconstitucionalizante do texto constitucional como manutenção das estruturas reais de poder

Quando tratamos dos modos de mudança da Constituição nos termos da teoria constitucional corrente, partimos das “Constituições normativas”, pressupomos “a força normativa da Constituição” (Hesse, 1984), entendida como a orientação das expectativas e o direcionamento das condutas na esfera pública de acordo com o modelo normativo constitucional. No caso das “Constituições nominalistas”, nas quais há um hiato radical entre texto e realidade constitucionais (cf. Loewenstein, 1975, pp. 151-7, 1956, pp. 222-5; Neves, 1992a, pp. 91 ss., 1994, pp. 95-9), exige-se uma avaliação mais cuidadosa do problema de sua mutação. De um lado, a deturpação do texto constitucional no processo de concretização, sem base em critérios normativos generalizáveis, torna discutível a aplicação da semântica de “mudança da Constituição”. Nessas situações, cabe falar de desconstitucionalização fática ou concretização desconstitucionalizante. Por outro lado,

o problema passa a ser mais complexo quando consideramos a função hipertroficamente simbólica das mutações do texto constitucional. A “mudança da Constituição” torna-se, então, *tópos* de constitucionalização simbólica.

A desconstitucionalização a que nos referimos aqui não é aquela que vem sendo discutida no âmbito do debate mais amplo sobre desjuridicização (cf. Voigt, 1983). Não se trata da redução das matérias e relações constitucionalizáveis, ou seja, reguláveis por normas constitucionais. Esse é um problema típico dos países centrais, onde as “Constituições normativas” levaram a uma juridificação radical da esfera pública (cf. Voigt, 1980; Habermas, 1982, pp. 522 ss.; Werle, 1982), possibilitando o surgimento de contratendências desconstitucionalizantes ou desjuridicizantes. A questão da desconstitucionalização fática nos países periféricos com “Constituições nominalistas” diz respeito à degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização. Em tal contexto, não surge, de maneira generalizada, uma relação consistente da atividade de interpretação/aplicação constitucional e da práxis política dos órgãos estatais e cidadãos com o modelo normativo do texto constitucional. Não se pode falar, então, de “generalização congruente de expectativas normativas” (Luhmann, 1987, pp. 94-106) estruturada e operacionalizada com base no texto constitucional. Não está presente, portanto, uma esfera pública pluralista constitucionalmente integrada. A concretização normativo-jurídica do texto constitucional é bloqueada (não simplesmente condicionada) de forma permanente e generalizada por injunções econômicas, políticas, familiares, de boas relações etc., implicando, contrariamente à codificação binária nos termos da teoria dos sistemas autopoieticos (cf. Luhmann, 1986a, pp. 75 ss.; 1986b; 1993, pp. 165 ss.), a própria quebra de autonomia operacional do sistema jurídico e uma miscelânea social

autodestrutiva e heterodestrutiva dos códigos jurídico, econômico, político, “relacional” etc. A desconstitucionalização significa, pois, a desjuridicização pela fragilidade do código jurídico na sua incapacidade de generalização congruente e a falta de autonomia/identidade consistente de uma esfera de juridicidade (Neves, 1993).

Aqui caberiam referências à teoria normativo-estruturante de Müller (1989, 1990a, 1990b, 1994a, 1994b; cf. Canotilho, 1991, pp. 208 ss. e 221 ss.). Observa-se, no âmbito desse paradigma teórico, que não só a “norma de decisão” (norma individual) mas também a “norma jurídica” (norma geral) são construídas no processo de concretização. O texto constitucional apresenta-se, por um lado, como “o mais importante dado de entrada” desse processo (Müller, 1990b, p. 20, cf. 1990b, pp. 127 e 129; Jeand’Heur, 1989, p. 22). Por outro lado, a decisão concretizante deve ser reconduzível consistentemente ao texto, embora possa apresentar conteúdos os mais variáveis (Müller, 1994b, p. 134). Quando ocorre, porém, concretização desconstitucionalizante, não há uma relação consistente entre texto e atividades concretizantes. O texto constitucional é uma referência distante dos agentes estatais e cidadãos, cuja práxis desenvolve-se frequentemente à margem do modelo textual de Constituição.

À perspectiva predominantemente semântica de Müller cabe acrescentar a concepção eminentemente pragmática de Häberle (1980) a respeito da interpretação constitucional. Além dos intérpretes *stricto sensu* (agentes técnico-jurídicos de interpretação/aplicação constitucional), Häberle inclui toda a esfera pública no processo de interpretação da Constituição: “Nos processos de interpretação da Constituição, estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos” (1980, pp. 79-80).

A força normativa da Constituição estaria assegurada quando a esfera pública pluralista fosse integrada no processo de concretização constitucional. Nessa perspectiva, os interesses e valores do público, os mais divergentes, devem ser levados em consideração pelo intérprete em sentido estrito. Em linguagem sistêmica, pode-se dizer que os procedimentos oficiais de interpretação/aplicação jurídica apresentam-se, então, como mecanismos seletivos das diversas expectativas do público em torno do texto constitucional. Tal seletividade teria uma função estabilizadora e congruentemente generalizante das expectativas normativas constitucionais. Porém, na hipótese de concretização desconstitucionalizante, não está presente, em primeiro lugar, uma esfera pública pluralista. As relações excludentes de subintegração e sobreintegração na sociedade, especialmente no sistema jurídico, impedem a construção de uma esfera pública pluralista formada de cidadãos como indivíduos integrados igualitariamente, do ponto de vista jurídico, na sociedade (cf. Neves, 1992a, pp. 94 ss. e 155 ss.; 1992b). O agir e o vivenciar normativos do subcidadão e do sobrecidadão fazem implodir a própria Constituição como modelo jurídico-político da esfera pública. Nesse contexto, a referência à esfera pública deve ser ponderada pela observação de que se trata de uma “esfera pública restrita” a certos grupos e organizações, de tal maneira que a noção ético-discursiva de autonomia privada e pública (direitos humanos e soberania do povo) (Habermas, 1992, pp. 112 ss.) torna-se carente de relevância empírica. Ao problema da insuficiente construção da esfera pública nos casos de concretização desconstitucionalizante, vincula-se a deficiência de seletividade adequada por parte dos procedimentos oficiais de interpretação/aplicação constitucional diante das expectativas políticas de indivíduos e grupos. Não só essas expectativas são, em ampla medida, constitucionalmente marginais

ou destrutivas, como também os procedimentos conduzem, com frequência, à distorção casuística do sentido normativo do texto constitucional. Tal situação não significa desconstrução do texto constitucional na perspectiva pós-moderna, mas antes uma prática destrutiva dos seus possíveis sentidos normativos.

A concretização desconstitucionalizante não deve ser lida com base na dicotomia clássica “Constituição formal *versus* Constituição material”. Os bloqueios políticos, econômicos e “relacionais” do processo de concretização normativo-jurídica do texto constitucional não implicam, então, congruente generalização de expectativas normativas em torno das relações políticas fundamentais. Há uma tendência particularista e difusa, impedindo a própria construção de constitucionalidade jurídica material, que exigiria critérios normativos generalizáveis. E isso significa, como já observamos acima, uma miscelânea autodestrutiva e heterodestrutiva de códigos de comportamento, atingindo a própria autonomia/identidade da(s) esfera(s) de juridicidade. Desconstitucionalização fática apresenta-se, portanto, como forma principal de desjuridicização no processo concretizador.

A concretização desconstitucionalizante nos âmbitos das “Constituições nominalistas” dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do *status quo* social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais. Em contraposição aos indícios de mudança expressos no texto constitucional, impõem-se relações reais de poder com pretensão de eternizarem-se, embora desestruturadas e desestruturantes do Estado como instituição. Indaga-se, então, qual o sentido da elaboração de textos constitucionais em tais circunstâncias.

2.3 “Constitucionalização” como mudança simbólica da Constituição

O problema da mutação frequente dos textos constitucionais sem uma relevante repercussão normativo-jurídica nas relações de poder complica-se quando introduzimos a discussão sobre constitucionalização simbólica (Neves, 1994; 1992a, pp. 61-5 e 104-6). A concretização desconstitucionalizante é um requisito imprescindível da constitucionalização simbólica. Mas esta distingue-se especialmente pelo seu significado positivo: a função hipertroficamente político-ideológica do modelo textual de Constituição.

A discussão em torno da constitucionalização simbólica desenvolve-se a partir do debate sobre legislação simbólica (Kindermann, 1988, 1989; Noll, 1981; Hegenbarth, 1981). A própria ambiguidade dos termos “símbolo”, “simbólico” e “simbolismo” já dificulta uma delimitação semântica dessa expressão (Neves, 1994, pp. 11 ss.). Talvez se possa vislumbrar uma analogia com a concepção de simbolismo freudiana, na medida em que nela se distingue entre significado latente e significado manifesto (cf. Freud, 1969, pp. 159-77; 1972, pp. 345-94) e afirma-se que na legislação simbólica a sua função latente prevalece sobre a manifesta (cf. Aubert, 1967).

Entretanto, a questão da legislação simbólica está usualmente relacionada com a distinção entre variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas no âmbito das ciências sociais. As funções instrumentais implicariam uma relação de meio/fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação. Na atitude expressiva, há uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade. Enquanto a ação instrumental constitui-se “veículo de conflito”, o agir expressivo é “veículo de catarse” (Gusfield, 1986, p. 179). Afastando-se de outros autores que abordaram o problema da política simbólica, Gusfield distinguiu o

simbólico não apenas do instrumental, mas também do expressivo (1986, pp. 77 ss.). Em contraposição à atitude expressiva e semelhantemente à ação instrumental, a postura simbólica não é caracterizada pela imediatidade da satisfação das respectivas necessidades e se relaciona com o problema da solução de conflitos de interesses (1986, p. 183). Contudo, diferentemente das variáveis instrumentais, a atitude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio/fim e, por outro lado, não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente (1967, pp. 176-7). Como bem observou Gusfield, “a distinção entre ação instrumental e simbólica é, em muitos aspectos, similar à diferença entre discurso denotativo e conotativo” (1986, p. 170).

Na denotação, há uma conexão relativamente clara entre expressão e conteúdo; na ação instrumental, similarmente, um direcionamento da conduta para fins fixos. Na conotação, a linguagem é mais ambígua; o agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto (1986, p. 170; 1967, p. 177), e prevalece em relação ao mesmo.

Evidentemente, a distinção entre função instrumental, expressiva e simbólica só é possível analiticamente; na prática dos sistemas sociais, estão sempre presentes essas três variáveis. Porém, quando se afirma que um plexo de ação tem função simbólica, instrumental ou expressiva, quer-se referir à predominância de uma dessas variáveis, nunca de sua exclusividade. Assim é que “legislação simbólica” aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legislante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.

Não se trata aqui das concepções da política simbólica (Edelman, 1967; 1977) ou do direito como simbolismo (Arnold, 1935,

espec. pp. 33 ss., ou 1971), que reduzem, respectivamente, a análise de todo e qualquer sistema político ou jurídico à sua “eficácia simbólica”. Embora direito e política tenham sempre uma dimensão simbólica, há variáveis instrumentais relevantes em ambos os sistemas. A própria força normativa da legislação depende de uma combinação de variáveis instrumentais e simbólicas. E todo sistema jurídico funciona com base em ambas as variáveis. O problema surge quando há efeitos hipertroficamente simbólicos da legislação em detrimento de sua eficácia instrumental-normativa.

Enquanto a legislação simbólica atinge apenas setores específicos do sistema jurídico, a constitucionalização simbólica, pela maior amplitude dos âmbitos material e pessoal de vigência do direito constitucional, atinge o núcleo do sistema jurídico, comprometendo toda a sua estrutura operacional e a sua própria autonomia/identidade. Aqui não se desconhece que também as “Constituições normativas” desempenham função simbólica, como bem enfatizaram Burdeau (1962, p. 398; cf., outrossim, Massing, 1989) e Edelman (1967, pp. 18-9), amparados, respectivamente, na experiência constitucional europeia e norte-americana; tampouco que a distinção entre “Constituição normativa” e “Constituição simbólica” é relativa, tratando-se “antes de dois pontos extremos de uma escala do que de uma dicotomia” (Bryde, 1982, p. 27). Porém, a função simbólica das “Constituições normativas” está vinculada à sua relevância jurídico-instrumental, isto é, a um amplo grau de concretização normativa generalizada das disposições constitucionais. Além de servir de expressão simbólica de “consistência”, “liberdade”, “igualdade”, “participação” etc. como elementos caracterizadores da ordem política fundada na Constituição, é inegável que as “Constituições normativas” implicam juridicamente um grau elevado de direção da conduta em interferência intersubjetiva e de orientação das expectativas

de comportamento. Às respectivas disposições constitucionais correspondem, numa amplitude maior ou menor, mas sempre de forma socialmente relevante, “expectativas normativas congruentemente generalizadas”. O “simbólico” e o “instrumental” interagem reciprocamente para possibilitar a concretização das normas constitucionais. A Constituição funciona realmente como instância reflexiva de um sistema jurídico vigente e eficaz.

Já no caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional. Assim como já afirmamos em relação à legislação simbólica, o elemento de distinção é também a hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais. Portanto, o sentido positivo da constitucionalização simbólica está vinculado à sua característica negativa, já considerada no item anterior (cf. Villegas, 1991, p. 120, com relação à experiência colombiana). Sua definição engloba esses dois momentos: de um lado, sua função não é direcionar as condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais; mas, por outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos concretos. “Isso pode ser a reverência retórica diante de determinados valores (democracia, paz). Pode tratar-se também de propaganda perante o estrangeiro” (Bryde, 1982, p. 28).

Nós nos encontramos aqui na esfera do ideológico no sentido de Habermas (1987, p. 246 [trad. bras., 1980, p. 115]): “O que chamamos ideologia são exatamente as ilusões dotadas do poder das convicções comuns”. Mas não se trata de ideologia como deformação de uma verdade essencial. 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. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade. Ou o figurino constitucional atua como *ideal*, que por meio dos “donos do poder” e sem prejuízo para os grupos privilegiados deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a fórmula retórica da “boa intenção” do legislador constituinte e dos governantes em geral (cf. Schindler, 1967, pp. 66-7).

O “Constitucionalismo aparente” (Grimm, 1989, p. 634, ou 1991, p. 13) implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Por meio dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais (Bryde, 1982, pp. 28-9), mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional (cabe advertir, porém, que mesmo as Constituições normativas não podem resolver diretamente os problemas sociais, mas apenas influenciar mediatamente em sua solução – Grimm, 1989, p. 638, ou 1991, p. 19). Ao discurso do poder pertencem, então, tanto a invocação permanente do documento constitucional como estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), da “divisão” de poderes e da eleição democrática, quanto o recurso retórico a essas instituições como conquistas do Estado-Governo e como provas da existência da democracia no país. A fórmula ideologicamente carregada “sociedade democrática” é utilizada pelos governantes (em sentido amplo) *com* “Constituições simbólicas” tão regularmente como pelos seus colegas *sob* “Constituições

normativas”, supondo-se que se trata da mesma realidade constitucional. Daí decorre uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que, se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Isso importa que a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem os seus limites, podendo inverter-se, contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista.

Não se confunde o problema da constitucionalização simbólica com a ineficácia de alguns dispositivos específicos do diploma constitucional, mesmo que, nesse caso, a ausência de concretização normativa esteja relacionada com a função simbólica. É sempre possível a existência de disposições constitucionais com efeito simplesmente simbólico, sem que daí decorra o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas fundamentais. 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. Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do direito

que decorreria do princípio da igualdade, proclamado simbólico-ideologicamente na Constituição, a “realidade constitucional” é então particularista, inclusive no que concerne à prática dos órgãos estatais. Ao texto constitucional simbolicamente includente, contrapõe-se a “realidade constitucional” excludente. Os direitos fundamentais, a “separação de poderes”, a eleição democrática e a igualdade perante a lei, institutos previstos abrangentemente na linguagem constitucional, são deturpados na práxis do processo concretizador, principalmente com respeito à generalização, na medida em que se submetem a uma filtração por critérios particularistas de natureza política, econômica etc. Nesse contexto, só caberia falar de normatividade restrita e, portanto, excludente, particularista, em suma, contrária à normatividade generalizada e includente proclamada no texto constitucional. Mas as “instituições jurídicas” consagradas no texto constitucional permanecem relevantes como referências simbólicas do discurso do poder.

Por fim, quero advertir que não se confunde aqui o simbólico com o ideológico. Inegavelmente, o simbólico da legislação pode ter um papel relevante na tomada de consciência e, portanto, efeitos “emancipatórios”. Lefort aponta para a relevância das declarações “legais” dos “direitos do homem” no Estado de direito democrático, cuja função simbólica teria contribuído para a conquista e ampliação desses direitos (1981, pp. 67 ss. e 82 [trad. bras., 1987, pp. 56 ss. e 68]). Mas, no caso da constitucionalização simbólica, principalmente enquanto constitucionalização-álibi (Neves, 1994, pp. 92 ss.; cf. Kindermann, 1989), ocorre antes uma interseção entre simbólico e ideológico do que um processo crítico de conscientização dos direitos, na medida mesmo em que se imuniza o sistema político contra outras possibilidades e transfere-se a solução dos problemas para um futuro remoto.

A compreensão da constitucionalização simbólica como álibi em favor dos agentes políticos dominantes e em detrimento da concretização constitucional encontra respaldo nas observações de Bryde (1982, p. 29) a respeito da experiência africana: 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 nenhuma modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiamento 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.

2.4 Ponderações finais

A análise no sentido de que a constitucionalização simbólica implica mudança de(o) texto constitucional sem correspondente alteração das estruturas reais subjacentes, servindo mesmo como mecanismo construtivo de ilusões, pode conduzir a interpretações simplistas de que seriam totalmente vãs as tentativas de transformações sociais intermediadas por mutações de(o) documento constitucional. Entretanto, a função hipertroficamente simbólica do texto constitucional não se refere apenas à retórica “legitimadora” da elite dirigente. Também no discurso político dos críticos do sistema de dominação, a invocação aos valores proclamados no texto constitucional desempenha relevante papel simbólico. Por exemplo, a retórica político-social dos “direitos humanos”, paradoxalmente, é tanto mais intensa quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional.

À constitucionalização simbólica, embora relevante no jogo político, não se segue, principalmente na estrutura excludente da sociedade brasileira, “lealdade das massas”, que pressuporia um

Estado de bem-estar eficiente (cf. Neves, 1994, pp. 107 ss.). Contraditoriamente, à medida que se ampliam extremamente a falta de concretização normativa do documento constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiança no Estado. A autoridade pública cai em descrédito. A inconsistência da “ordem constitucional” desgasta o próprio discurso constitucionalista dos críticos do sistema de dominação. Desmascarada a farsa constitucionalista, seguem-se o cinismo das elites e a apatia do público (cf. Kindermann, 1989, p. 270, especificamente em relação à legislação-álibi). Tal situação pode levar à estagnação política. É possível que, como reação, recorra-se ao “realismo constitucional” ou “idealismo objetivo”, em contraposição ao “idealismo utópico” existente (cf. Vianna, 1939, espec. pp. 7 ss. e 303 ss.; Reale, 1983, p. 67; Torres, 1978, pp. 160 ss.). Mas, como ensinaram as experiências de “constitucionalismo instrumental” de 1937 e 1964, o recurso a essa semântica autoritária não implicará, seguramente, a “reconciliação do Estado com a realidade nacional”, mas, antes, a *identificação* excludente do sistema jurídico estatal com as “ideologias” e interesses dos detentores eventuais do poder. Nesse caso, serão impostas “regras-do-silêncio” ditatoriais, negando-se a possibilidade de críticas generalizadas ao sistema de poder, típica da constitucionalização simbólica.

É principalmente por isso que não se deve interpretar a constitucionalização simbólica como um jogo de soma zero na luta política pela ampliação ou restrição da cidadania, equiparando-a ao “instrumentalismo constitucional” das experiências autocráticas (em sentido diverso, Loewenstein, 1956, p. 224). Enquanto não estão presentes “regras-do-silêncio” democráticas nem ditatoriais (Neves, 1992a, pp. 106-7, 1994, pp. 110 ss.; cf. Holmes, 1988), o contexto da constitucionalização simbólica proporciona o sur-

gimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania. Assim sendo, é possível a construção de uma esfera pública pluralista que, embora restrita, tenha capacidade de articular-se com êxito mediante os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional. Não se pode excluir a possibilidade, porém, de que a realização dos valores democráticos expressos no documento constitucional pressuponha um momento de ruptura com a ordem de poder estabelecida. E isso torna-se tanto mais provável na medida em que os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional são deturpados no processo concretizador, não se operacionalizando como mecanismos de legitimação do Estado.

2.5 Bibliografia

- ARNOLD, Thurman W. (1935). *The Symbols of Government*. New Haven: Yale University Press (5. impr., 1948).
- _____. (1971). “El derecho como simbolismo”. In: V. Aubert (org.). *Sociología del derecho*. Trad. esp. de J. V. Roberts. Caracas: Tiempo Nuevo.
- AUBERT, Vilhelm (1967). “Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung”. In: E. Hirsch e M. Rehbinder (orgs.). *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie (Sonderheft [Suplemento] 11 do Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie)*. Colônia/Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 284-309.
- BRYDE, Brun-Otto (1982). *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos.
- BURDEAU, Georges (1962). “Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs”. *Der Staat* 1 (Berlim: Duncker & Humblot), pp. 389-404.

- CANOTILHO, J. J. Gomes (1991). *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina.
- CARBONNIER, Jean (1972). *Sociologie juridique*. Paris: A. Colin.
- EDELMAN, Murray (1967). *The Symbolic Uses of Politics*. Urbana/Chicago/Londres: University of Illinois Press.
- _____. (1977). *Political Language: Words That Succeed and Policies That Fail*. Nova York/São Francisco/Londres: Academic Press.
- EHRlich, Eugen (1967). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. 3. ed. Berlim: Duncker & Humblot (reimpr. inalterada da 1. ed. de 1913).
- FREUD, Sigmund (1969). “Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse” (1916-1917 [1915-1917]). In: *Freud – Studienausgabe*. Frankfurt am Main: Fischer, vol. 1, pp. 33-445.
- _____. (1972). *Die Traumdeutung* (1900). Freud – Studienausgabe. Frankfurt am Main: Fischer, vol. II.
- GADAMER, Hans-Georg (1990). *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 6. ed. Tübingen: Mohr (1. ed. 1960).
- GRIMM, Dieter (1989). “Verfassung”. In: Görres-Gesellschaft (org.). *Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*. 7. ed. Friburgo/Basileia/Viena: Herder, vol. V, columnas 633-43.
- _____. (1991). *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- GUSFIELD, Joseph R. (1967). “Moral Passage: the Symbolic Process in Public Designations of Deviance”. *Social Problems* 15 (Brooklyn: Society for the Study of Social Problems), nº 2, pp. 175-88.
- _____. (1986). *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*. 2. ed. Urbana/Chicago: University of Illinois Press.
- HÄBERLE, Peter (1980). “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation”. In: P. Häberle. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein/

- Ts.: Athenäum, pp. 79-105 (originariamente em: *Juristische Zeitung* – JZ, 1975, pp. 297-305).
- HABERMAS, Jürgen (1982). *Theorie des kommunikativen Handelns*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, vol. 2.
- ____ (1987). “Hannah Arendts Begriff der Macht” (1976). In: J. Habermas. *Philosophisch-politische Profile*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 228-48 [trad. bras.: “O conceito de poder de Hannah Arendt”. In: B. Freitag e S. P. Rouanet (orgs.). *Habermas: Sociologia*. São Paulo: Ática, 1980, pp. 100-18].
- ____ (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HEGENBARTH, Rainer (1981). “Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze”. *Zeitschrift für Rechtspolitik* 14 (Munique/Frankfurt am Main: Beck), nº 9, pp. 201-4.
- HESSE, Konrad (1984). “Die normative Kraft der Verfassung”. In: K. Hesse. *Ausgewählte Schriften*. Org. P. Häberle e A. Hollerbach. Heidelberg: Müller, pp. 3-18.
- HOLMES, Stephen (1988). “Gag Rules or the Politics of Omission”. In: J. Elster e R. Slagstad (orgs.). *Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change)*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 19-58.
- HORTA, Raul Machado (1992). “Permanência e mudança na Constituição”. *Revista de Informação Legislativa* (Brasília: Senado Federal), vol. 29, nº 115, pp. 5-26.
- JACQUES, Paulino (1983). *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- JEAND’HEUR, Bernd (1989). “Gemeinsame Probleme der Sprach- und Rechtswissenschaft aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre”. In: F. Müller (org.). 1989, pp. 17-26.

- KELSEN, Hans (1960). *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Viena: Franz Deuticke (reimpr. inalterada de 1983) [trad. bras.: *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998].
- KINDERMANN, Harald (1988). "Symbolische Gesetzgebung". In: D. Grimm e W. Maihofer (orgs.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 222-45.
- _____. (1989). "Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung". In: R. Voigt (org.). *Symbole der Politik, Politik der Symbole*. Opladen: Leske + Budrich, pp. 257-73.
- LEFORT, Claude (1981). "Droits de l'homme et politique". In: C. Lefort. *L'invention démocratique: les limites de la domination totalitaire*. Paris: Fayard, pp. 45-83 [trad. bras.: "Direitos do homem e política". In: C. Lefort. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1987, pp. 37-69].
- LOEWENSTEIN, Karl (1956). "Gedanken über den Wert von Verfassungen in unserem revolutionären Zeitalter". In: A. J. Zürcher (org.). *Verfassungen nach dem zweiten Weltkrieg*. Trad. alemã de Ebba Vockrodt. Meisenheim am Glan: Hain, pp. 210-46.
- _____. (1975). *Verfassungslehre*. Trad. alemã de Rüdiger Boerner. 3. ed. Tübingen: Mohr.
- LUHMANN, Niklas (1986a). *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* Opladen: Westdeutscher Verlag.
- _____. (1986b). "Die Codierung des Rechtssystems". *Rechtstheorie* 17 (Berlim: Duncker & Humblot), pp. 171-203.
- _____. (1987). *Rechtssoziologie*. 3. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- _____. (1993). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- MASSING, Otwin (1989). "Identität als Mythopoem: zur politischen Symbolisierungsfunktion verfassungsgerichtlicher Spruchweisheiten". In: R. Voigt (org.). *Politik der Symbole, Symbole der Politik*. Opladen: Leske + Budrich, pp. 235-56.

- MENEZES, Aderson de (1972). *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense.
- MÜLLER, Friedrich (org.) (1989). *Untersuchungen zur Rechtslinguistik: interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturieren der Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*. Berlim: Duncker & Humblot.
- _____. (1990a). *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. 2. ed. Berlim: Duncker & Humblot.
- _____. (1990b). *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Org. Ralph Christensen. Berlim: Duncker & Humblot.
- _____. (1994a). *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlim: Duncker & Humblot.
- _____. (1994b). “Juristische Methodik – Ein Gespräch im Umkreis der Rechtstheorie”, entrevista a Jan Möller. *Verwaltungsrundschau* 4 (Stuttgart: Kohlhammer), pp. 133-6.
- NEVES, Marcelo (1988). *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva.
- _____. (1992a). *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlim: Duncker & Humblot.
- _____. (1992b). “Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente”. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife* (Recife: UFPE), vol. 75, pp. 77-103.
- _____. (1993). “Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina”. *Anuário do Mestrado em Direito* (Recife: UFPE), nº 6, pp. 313-57.
- _____. (1994). *A constitucionalização simbólica*. Guarulhos/São Paulo: Acadêmica.
- NOLL, Peter (1981). “Symbolische Gesetzgebung”. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (nova série) 100 (Basileia: Helbing & Lichtenhahn), pp. 347-64.

- PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, vol. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1972). *Sistema de ciência positiva do direito: introdução à ciência do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi.
- RAKOVE, Jack N. (org.) (1990). *Interpreting the Constitution: The Debate over Original Intent*. Boston: Northeastern University Press.
- REALE, Miguel (1983). “Momentos decisivos do constitucionalismo brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa* (Brasília: Senado Federal), ano 20, nº 77, pp. 57-68.
- ROSS, Alf (1971). *Lógica de las normas*. Trad. esp. de José Hierro. Madri: Technos.
- SCHINDLER, Dietrich (1967). *Verfassungsrecht und soziale Struktur*. 4. ed. Zurique: Schulthess.
- SMEND, Rudolf (1968). “Verfassung und Verfassungsrecht” (1928). In: R. Smend. *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 2. ed. Berlim: Duncker & Humblot, pp. 119-276.
- TORRES, Alberto (1978). *A organização nacional: primeira parte, a Constituição*. 3. ed. São Paulo: Nacional (1. ed. 1914).
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A. (1975). *Teoría constitucional I: Teoría constituyente. Poder constituyente: fundacional, revolucionario, reformador*. Buenos Aires: Depalma.
- VIANNA, Oliveira (1939). *O idealismo da Constituição*. 2. ed. São Paulo/Rio de Janeiro/Recife/Porto Alegre: Nacional.
- VILLEGAS, Maurício García (1991). “La Constitución y su eficacia simbólica”. *Revista de la Universidad de Antioquia* 60 (Medellín: Universidad de Antioquia), nº 225, pp. 4-21.
- VOIGT, Rüdiger (org.) (1980). *Verrechtlichung: Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*. Königstein/Ts.: Athenäum.

VOIGT, Rüdiger (org.) (1983). *Gegentendenzen zur Verrechtlichung (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 9)*. Opladen: Westdeutscher Verlag.

WERLE, Raymund (1982). “Aspekte der Verrechtlichung”. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 3 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 2-13.