

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

NATÁLIA LINDA BELLINI CALDEIRA

**DO CONSTITUCIONALISMO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO
SIMBÓLICA: A REALIDADE POLÍTICO-NORMATIVA DAS
SOCIEDADES PERIFÉRICAS**

MARÍLIA
2012

NATÁLIA LINDA BELLINI CALDEIRA

DO CONSTITUCIONALISMO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA: A
REALIDADE POLÍTICO-NORMATIVA DAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA
2012

Caldeira, Natália Linda Bellini

Do Constitucionalismo à Constitucionalização Simbólica: a realidade político-normativa das sociedades periféricas/Natália Linda Bellini Caldeira; orientador: Edinilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n], 2012.

68 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Natália Linda Bellini Caldeira

RA: 43004-8

DO CONSTITUCIONALISMO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO
SIMBÓLICA: A REALIDADE POLÍTICO-NORMATIVA DAS
SOCIEDADES PERIFÉRICAS

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

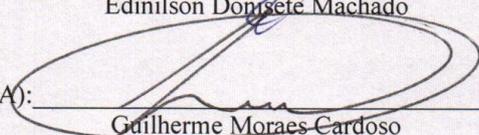
Nota:

10,0 (10)

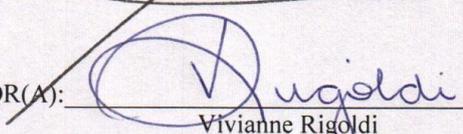
ORIENTADOR(A):


Edinilson Donizete Machado

1º EXAMINADOR(A):


Guilherme Moraes Cardoso

2º EXAMINADOR(A):


Vivianne Rigoldi

Marília, 29 de novembro de 2012.

DEDICATÓRIA

Diante da existência de um amor recíproco e inabalável, dedico especialmente este trabalho aos meus queridos pais Gil e Elizabeth. Ambos souberam com todo carinho e sabedoria me oferecer às palavras que eram necessárias, os sorrisos encorajadores, os abraços confortantes, a presença protetora, enfim, tudo aquilo que precisava para iniciar, desenvolver e finalizar mais uma importante etapa da vida.

Com imensa alegria dedico este trabalho aos meus queridos irmãos Karina e Johnatas, meus grandes conselheiros e fiéis protetores.

Dedico também este trabalho a memória de meus avôs e avós paternos e maternos. As histórias sofridas de suas vidas, motivo de grande orgulho, sempre me serviram como incentivo para realização de novas conquistas.

Lembro aqui com intensa alegria das verdadeiras amigas de faculdade: Rafa, Eliana, Gabi e Taisa, grandes companheiras em todos os momentos e certeza de que a vida nos proporciona muito mais do que podemos esperar.

Ofereço humildemente o meu muito obrigada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por toda proteção concedida nesta caminhada de cinco anos. Muito a Ele eu pedi e tudo Ele me concedeu.

Agradeço com afeto a toda minha família. A minha mãe Elizabeth pela doação de um amor tão grandioso, capaz de me fazer sentir apta a realizar todos os meus sonhos e me fazer compreender que a vida é um combate que os fracos abate e os fortes só cabe exaltar. Ao meu pai Gil por ser minha fortaleza, meu melhor amigo que sempre me amparou nos momentos em que mais precisei. A minha irmã Karina, desde pequena meu espelho na vida, minha maior conselheira, meu eterno carinho. Ao meu irmão Johnatas, o qual me ensinou que sempre haverá uma possibilidade, um começo, um sonho, uma oportunidade para ser feliz. Todos, com certeza, sempre serão meus maiores incentivadores e motivadores na continuidade de minha caminhada. Sem o apoio de vocês não haveria hoje motivos para comemorar.

Não poderia deixar de agradecer meu namorado Diogo Henrique que chegou à minha vida no início da faculdade e continua até hoje. Obrigada pelo seu amor, sua amizade e companhia, mas principalmente por acreditar na minha capacidade quando nem eu mesmo acreditava.

Agradeço igualmente a todos os professores do UNIVEM, frisando que cada um conquistou um lugar de destaque em minha vida quando contribuíram para minha formação não só intelectual, mas também moral.

Ao meu orientador, professor Edinilson, por ter me incentivado no desenvolvimento do tema deste trabalho, entendendo minhas dificuldades e principalmente, fazendo-me compreender que o real valor está no quanto nos achamos capazes.

EPÍGRAFE

“Guarde a convicção de que todos estamos caminhando para adiante, através de problemas e lutas, na aquisição de experiência, e de que a vida concorda com as pausas de refazimento das nossas forças, mas não se acomoda com a inércia em momento algum.”

Francisco Cândido Xavier.

CALDEIRA, Natália Linda Bellini. **Do Constitucionalismo à Constitucionalização Simbólica: a realidade político-normativa das sociedades periféricas**. 2012. 68 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

O presente tema surgiu a partir da observação feita em relação aos combates sociais que ocorreram durante séculos pela busca de garantias fundamentais relacionadas à efetivação real de direitos básicos. As mesmas batalhas também eram proclamadas em prol da regularização do exercício do poder manejado por determinadas classes. Estas inúmeras e recorrentes lutas vieram a ser denominadas em uma configuração una como movimento do constitucionalismo. Buscar-se-á discorrer sobre o histórico do constitucionalismo, analisando seu nascimento, desenvolvimento, complexidade e alcance. Em segundo momento será adotada a teoria da constitucionalização simbólica que lança uma interpretação específica e atual relativamente a real função das constituições e do constitucionalismo pertencentes às sociedades periféricas. Por fim serão analisadas as implicações próprias da constitucionalização simbólica sobre a modernidade periférica, utilizando-se o Brasil a título exemplificativo, concluindo o estudo com uma breve ponderação sobre as consequências do elo existente entre reforma do Estado e reforma constitucional.

Palavras-chave: Constitucionalização. Constitucionalização Simbólica. Sociedades.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – O CAMINHO PARA O CONSTITUCIONALISMO	11
1.1 Sociedade.....	11
1.2 Antiguidade Clássica (Idade Antiga).....	16
1.3 Período Medieval (Idade Média).....	17
1.4 O Constitucionalismo Inglês e a Magna Carta de 1215	21
1.5 Constitucionalismo Norte-Americano	29
1.6 Constitucionalismo Francês.....	30
1.7 Escola Jusnaturalista (Teorias Motivadoras do Constitucionalismo).....	32
1.8 Sinopse histórica e decorrências do Constitucionalismo.....	36
1.9 Constitucionalismo Moderno e Contemporâneo	38
CAPÍTULO 2 – LEGISLAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA	40
2.1 Legislação Simbólica.....	41
2.2 Considerações gerais referentes à Constitucionalização Simbólica.....	47
2.3 Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito	48
2.4 Constituição como “subsistema” do sistema jurídico.....	49
2.5 Texto Constitucional e realidade Constitucional.....	50
2.6 Constitucionalização simbólica em sentido negativo e positivo	52
CAPÍTULO 3 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A SOCIEDADE PERIFÉRICA	55
3.1 A Constitucionalização simbólica como problema da modernidade periférica	55
3.2 A experiência brasileira como forma exemplificativa.....	58
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

O estudo da teoria da constitucionalização simbólica pretende demonstrar através desta os reais e atuais efeitos do histórico movimento do constitucionalismo nas sociedades modernas.

Sabe-se que durante o transcorrer dos séculos os seres humanos iniciaram um processo de agrupamento organizado, constituindo hoje o que denominamos de sociedade. Do interior destas aludidas sociedades emanavam, conseqüentemente, o anseio por direitos eficazes e a necessidade de controle e organização do poder dominador exercido por poucos.

Iniciou-se o atualmente denominado movimento do constitucionalismo, que representou uma série de atividades sociais as quais preconizavam à limitação do exercício poder, tornando inviável aos governantes que estes fizessem prevalecer seus interesses particulares na condução do Estado, e determinavam a imposição de leis escritas regulamentadoras de direitos e deveres.

O resultado ideal do constitucionalismo implicava no surgimento das constituições nacionais, possuidoras das normas fundamentais do ordenamento jurídico do Estado, organizadas em dispositivos eficientes e aplicáveis na vida de todo e qualquer cidadão.

Por intermédio da complexa teoria do constitucionalismo simbólico, é possível demonstrar que a realidade social atual não permite que os ideais, bem como a totalidade das conquistas alcançadas ao longo do movimento do constitucionalismo, sejam, por completo, vivenciadas nas sociedades modernas.

A supracitada teoria versa a respeito do significado político dos textos constitucionais contrariamente à sua concretização normativo-jurídica, reportando-se a avaliação dos resultados sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz.

Faz-se aqui necessário entender que inexistente na esfera teórica tão somente um conceito que determine o significado de constituição, contrariamente, inúmeras são as conceituações e justamente a partir de cada uma se emana também novas delimitações do que é o constitucionalismo e qual é sua real função.

A principal justificativa para a escolha do tema é poder contribuir para o melhor entendimento da teoria da constitucionalização simbólica, esta pouco conhecida, porém, totalmente pertinente à realidade política e jurídica atual.

O objetivo principal do trabalho é analisar, por intermédio da teoria da constitucionalização simbólica, a verdadeira função das normas-infraconstitucionais e,

principalmente, das normas constitucionais, buscando seu significado social, político e jurídico. Importante pontuar que o trabalho não está restrito ao clássico estudo sobre a ineficácia das normas constitucionais. Ele visa descobrir qual o efeito suportado pelas sociedades modernas, principalmente as periféricas, quando coexistem com uma legislação constitucional normativamente ineficaz, com função simbólica, carente de concretização normativo-jurídica.

É também objetivo deste trabalho, de maneira não menos importante, compreender todo histórico, assim como os ideais pertinentes ao movimento do constitucionalismo, nascedouro das constituições nacionais, principal objeto de estudo da teoria da constitucionalização simbólica.

Segundo as bases lógicas de investigação será utilizado o método dialético. A forma de abordagem do problema será qualitativa ante a preocupação de se realizar o estudo do tema deste trabalho de maneira aprofundada, buscando o entendimento das características inerentes ao movimento do constitucionalismo e a teoria da constitucionalização simbólica.

O conhecimento científico utilizado para elaboração deste trabalho será baseado em pesquisas bibliográficas, que discorram sobre o tema em questão. Os dados serão coletados em livros, artigos e pesquisas online, sendo estes identificados e classificados de forma ordenada.

Será feita leitura, análise e interpretação dos elementos contidos no material selecionado, para um melhor aproveitamento do mesmo, de forma a permitir o alcance das respostas aos problemas tratados na pesquisa e ao final poder avaliar as particularidades do constitucionalismo e constitucionalização simbólica.

O trabalho será dividido em três capítulos, de forma a melhor sistematizar o tema.

No primeiro capítulo será apresentado o histórico do movimento do constitucionalismo, seu nascimento, desenvolvimento e materialização nos âmbitos político, jurídico e social. No seu transcorrer destacam-se as ideologias, motivações e os fundamentos deste movimento.

Será abordada no segundo capítulo primeiramente a legislação simbólica bem como sua respectiva tipologia, passando posteriormente ao tema da constitucionalização simbólica de forma ampla, tratando também de algumas de suas especificidades.

O terceiro e último capítulo tratará do posicionamento e efeitos da constitucionalização simbólica nos países periféricos utilizando-se o Brasil como modelo exemplificativo.

CAPÍTULO 1 – O CAMINHO PARA O CONSTITUCIONALISMO

1.1 Sociedade

O Homem, este principal foco do presente estudo seja ele observado de maneira individualizada, ou alocado numa determinada coletividade. É ele, que por primeiro fora alguém, iniciando sua jornada primitiva, dedicou-se a sua intuitiva e primordial finalidade, qual seja a de subsistir. Homem, também se tornou sinônimo de idade adulta, homem-feito, aquele que passou a ser dono de coragem e força, fazendo-se mantenedor e protetor de sua prole. Estava ele então sendo considerado peça formadora da natureza, que, subdividida em grupos, fez deste mesmo homem, com sua dualidade de corpo e espírito, virtudes e fraquezas, um mero mortal, pertencente à espécie animal, um trabalhador.

O labor fez do homem um obreiro, fato este que o tornou em toda espécie existente na terra, o de maior grau de complexidade na esfera evolutiva. Foi aquele que inicialmente trabalhou para si próprio e ao desenvolver-se, reuniu-se em equipes com a finalidade de continuar evoluindo dentro das condições de sua espécie.

Diante da longa e rápida passagem dos anos terrestre os homens agruparam-se, primeiramente, no intuito de melhor desenvolver sua capacidade intelectual. Secundariamente, o agrupamento impossibilitou a distinção de cada ser humano, que no máximo, passou a ser subdividido dentre categorias como: homens de Deus, do povo, de cor, de letras, de bem, ao mar, de espírito, de ação, da marginalidade, de pulso, de sete instrumentos, da rua, do leme, de empresa, enfim, como um só homem, um homem de grupo, um homem social.

O homem social fora assim denominado séculos anteriores a Cristo. Em unanimidade, os pensadores que passaram por todas as épocas, sejam a antiga, medieval ou mesmo a moderna, pacificaram que, formar uma sociedade e viver nela é uma feição de qualquer natureza, mas é, em verdade, especialmente uma feição própria da natureza humana, possuidora por excelência do instinto gregário.

O instinto gregário, este praticamente impossível de desvincular-se, fora responsável pela criação das primeiras e mais primitivas sociedades, quais sejam, aquelas que se manifestavam nas famílias, num grupo com os mesmos costumes, na reunião de diversos homens divisores de um mesmo espaço territorial em prol de segurança e em reuniões feitas por muitas pessoas no intuito de reverenciar deuses em comum.

Não existe ideia única e absoluta acerca do conceito de sociedade, porém sua consideração simples e basilar se concentra na referencia de diversos homens unidos buscando determinadas finalidades que beneficiem de forma idem a todos, ora submetidos à condução de um líder (MARQUES, 1971, p.75).

Não podemos considerar como sociedade todo e qualquer agrupamento de homens, nem mesmo se emprestarmos ao termo seu sentido mais lato. Podemos entender como sociedade uma reunião de homens, unidos de maneira mais ou menos estável, para atingir um fim determinado, sob a direção de um chefe. Mais rigorosamente falando poderíamos dizer que sociedade é toda reunião de seres racionais e livres, que juntos e de maneira mais ou menos estável cooperam visando um mesmo objetivo, sob a direção de um chefe (MARQUES, 1971, p.75)

É perceptível que no processo de formação das sociedades, conforme dito, pessoas buscavam determinadas finalidades que beneficiassem a todos do grupo. Para o alcance deste objetivo comum, fez-se necessário sobrevir à renúncia de direitos e obrigações que eram inerentes e de pleno gozo individual de cada homem. Esta renuncia ocorrera em favor da possibilidade de se existir garantias e proteções mais abrangentes, bem como a organização de deveres comuns a todos aqueles que dentro de uma coletividade se encontrassem. Em suma, objetivamente, visavam à substituição de direitos e deveres individuais que lhes eram próprios e de exercício libertino, em face de direitos e deveres coletivos, portanto, comuns e idem a todos, cujo exercício fosse justo, pertinente e formalmente regulamentado.

Wolkmer (2011, p.1) explica que “cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social”.

Portanto, é possível entender que o direito visto sob o aspecto subjetivo e também objetivo (*norma agendi*) é um fenômeno social. Tal percepção dar-se-ia pelo fato de que ele só nasceu quando um homem a unir-se a outro desejou não mais valer-se de regras próprias, mais sim de regras comuns, pertencentes a todos, sendo que tais regras deveriam ser cogentes, ou seja, deveriam ser lei entre as partes. A síntese apertada do exposto está contida nesta observação de Vicente Ráo:

“Encontra-se, pois, a origem do direito na própria natureza do homem, havido como ser social”. (NASCIMENTO, 2009, p. 17 apud RAO, 1952, p.39)

Ainda, segundo Nascimento (2009, p.17):

Eis que Cícero, o grande tribuno romano, também filósofo, já proclamava: “*Natura iuris hominerepetenda est natura*”. Como está claro, se a natureza do direito há de ser procurada na natureza do homem, é obvio que aqui se manifestam forças convergentes, que não se bastam isoladamente: o homem não sobreviveria sem o direito e o direito não existiria sem o homem.

Completa Nascimento (2009, p.8) apud Planiol (1908, t.I, p.1):

É preciso atentar para a palavra “direito” no seu sentido fundamental, como adverte Marcel Planiol. Ela designa uma faculdade, diz esse civilista francês, reconhecida a uma pessoa pela lei, permitindo-lhe praticar determinados atos.

Percebe-se que ao propiciar o nascimento de regras jurídicas em proldo desenvolvimento da coletividade, as sociedades possibilitaram também, a presença de uma determinada pessoa detendo chefia sobre as demais no intuito de fazer como que as referidas regras possuíssem efetividade, o que de fato só ocorreria por meio da cobrança das mesmas. A chefia concedida a uma única pessoa dava-lhe a possibilidade de exercitar determinados poderes de mando, principalmente aqueles que recaíam nos aspectos físicos, psicológicos, laborais e econômicos concernentes as outras pessoas formadoras da sociedade. Estes chefes, a depender da sociedade, e também do período temporal em que ela se situava, eram denominados de faraós, reis, príncipes, senhores feudais, sacerdotes, imperadores, possuidores de grandes fortunas, etc.

Do exercício de chefia decorreu efetivamente a organização de preceitos e ordens as quais continham colacionadas os deveres e direitos. No entanto, as regras de conduta vieram a incidir somente sobre a coletividade, sendo que, por supressão, elas não pairavam sobre os feitores e aplicadores de tais institutos. Surgiu deste fato a possibilidade de um ente fruir de poder incontrolável sob aqueles que se colocaram sobre seu comando. Tais entes, utilizando-se do poder que receberam, viram-se na probabilidade irrestrita de superar as próprias normas quando principiaram o emprego de seu poder, ora conferido no momento da formação da sociedade, para se auto beneficiar. Nascia o poder absoluto.

Os detentores de plenos poderes ao iniciar a pratica do auto beneficio estavam nada mais, nada menos, a estrear os muitos anos em que, aproximadamente a totalidade das sociedades, fora de encontro à perda de seus direitos para os poucos, que indubitavelmente,

passaram a se utilizar de praticas sociais e jurídicas as quais os possibilitaram assumir para si a titularidade desses referidos direitos.

As sociedades possuíam padrões, regras, deveres e valores próprios, sendo que, tais características as diferenciavam umas das outras. Estes modelos de condutas também influenciaram na formação de leis específicas existentes em cada sociedade.

Sendo assim, é possível afirmar que a lei era elemento comum e essencial a todas as sociedades por inúmeros motivos. Sua formação, ainda segundo Wolkmer (2011, p.1) “expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social”. Diz ainda Wolkmer (2011, p.2), em complemento ao supracitado, que “certamente, cada povo e cada organização social dispõem de um sistema jurídico que traduz a especialidade de um grau de evolução e complexidade”.

A normatização de condutas fora considerada como a principal fonte de configuração do controle social que se fazia essencial para prevenção e castigo àqueles que da norma se desvirtuavam, e imprescindível para manutenção do controle do poder nas mãos daquele que o detinha.

Não fora por mero acaso que as sociedades possuíam normas reguladoras de condutas daqueles que a compunham. A existência de um sistema normativo que regiam os comportamentos, fora, além do principal modo de organização social, a nascente primária da submissão de uma coletividade a um único ente.

Já havia na pré-história, quando ainda não se possuía desenvolvimento de escrita, frisando-se, por oportuno, a dispensabilidade desta no cumprimento de preceitos normativos, determinadas praticas advindas de revelações sagradas e divinas que possuíam caráter normativo, e por tal motivo, eram cumpridas obrigatoriamente por inúmeros povos. Esta sujeição dava-se pelo medo da possibilidade de sanção a ser suportada caso descumprido os ditames oriundos, neste caso, dos céus (WOLKMER, 2011, p.3-4).

Sendo assim, tem-se primordialmente, o homem servindo a determinadas figuras místicas, sendo que tal servidão era fundamentada em regras e pedidos feitos por tais figuras. Caso fossem descumpridas, acarretariam o envio de uma pena repressiva àquele que se colocasse contra o desejo divino. Esta prática despertou ao olhar humano, a forma primordial, utilizada por séculos, de um único homem ser o senhor do restante dos homens formadores da coletividade em que habitava, sem ser contestado ou reprimido, bastando proclamar que era o detentor das leis enviadas diretamente a ele pelos entes místicos, ou deuses. Em curtas palavras, Wolkmer (2011, p.4) explica como primordialmente o homem se fez detentor do poder, ao dizer que “esse caráter religioso do direito arcaico, imbuído de sanções rigorosas e

repressoras, permitiria que os sacerdotes-legisladores acabassem por serem os primeiros interpretes e executores da lei”.

Clarividente tornou-se a relação de mando e sujeição entre homem e homens, que desta forma só ocorria, haja vista a existência de uma norma advinda dos céus, que ordenava o respeito desta relação, o cumprimento do que ela preceituava, sob pena de sujeição a uma sanção. Traçou-se desta maneira as normas regulamentadoras de condutas, formadoras do primeiro sistema jurídico-legal existente na maioria das sociedades primitivas.

Em suma o elucidado fora lecionado resumidamente por Wolkmer (2011, p.4):

O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos seus ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. Daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes) anunciaram ter recebido as suas leis do deus da cidade. De qualquer forma, o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado.

A religião fora, dentro das sociedades, a principal fonte de regras jurídicas e submissão, desde os tempos arcaicos, bem como até os dias atuais, conforme leciona Gilissen (1995, p.35):

Nas sociedades arcaicas, o direito está fortemente impregnado de religião. A distinção entre regra religiosa e regra jurídica é aqui muitas vezes difícil, porque o homem vive no temor constante dos poderes sobrenaturais. Estes tipos de sociedade são caracterizados pelo que se chama a sua indiferenciação, ou seja, as diversas funções sociais que nós distinguimos nas sociedades evoluídas – religião, moral direito, etc. – estão ainda aí confundidas. A influência da religião sobre o direito manteve-se de resto em numerosos sistemas jurídicos até aos nossos dias, por exemplo, nos direitos mulçumano e hindu.

Portanto, tem-se que, concomitantemente a criação das sociedades, decorreram três principais fenômenos, que são, em resumo: a cessão de direitos e deveres individuais pelos coletivos, a instituição do poder de mando a um único ente e a feitura de um sistema jurídico composto por leis e normas ainda que não escritas e emanadas de crenças religiosas.

As crenças religiosas perduraram por muitos séculos dentro das principais civilizações ocidentais e orientais. Eram elas fonte de lei, coação e sanção aplicáveis nestas civilizações. A título histórico exemplificativo podemos citar as civilizações Egípcia, Babilônica, Hebraica, Hindu, Grega, Germana e Romana. Todas elas aplicavam, em suas respectivas sociedades, regras de caráter religiosos.

Dentre as supracitadas civilizações, abre-se destaque à Hebraica, situada na idade antiga.

1.2 Antiguidade Clássica (Idade Antiga)

A civilização hebraica possuía diferentemente de outras civilizações, a religião monoteísta. Um único Deus dava àquele povo seu direito que seria imutável e só o mesmo Deus poderia modificá-lo. Este direito religioso tem como principal fonte a Bíblia, livro da Aliança de Deus com o seu Povo. Inicialmente foi uma sociedade nômade, dívidas em tribos, conduzidas por chefes até se instalar na Palestina, entre os Hititas e os Egípcios, no início, ou mesmo antes, do século XII A.C (GILISSEN, 1995, p.66).

Gilissen (1995, p.66) leciona ainda:

A seguir a sedentarização, é estabelecido um poder único sobre o conjunto das tribos; pertencente ao rei, cuja a autoridade se reforça nos séculos XI e X. O apogeu do reino de Israel situa-se na época de Davi (1029- 960) e de seu filho Salomão (960-935).

Para o presente estudo, o mérito da civilização Hebraica está no fato de que ela pode ser considerada espécie de “ponte temporal” que leva até a civilização européia ocidental, a qual possui nítida importância valorativa ao presente trabalho, cujo tema inicial versa sobre o constitucionalismo.

Pode-se considerar figurativamente o livro da Bíblia como a referida “ponte” no tempo. A Bíblia é de fato fonte idem do direito hebreu e do direito canônico.

O direito medieval possuía bases canônicas, advindas da Bíblia, e desta base, também seus reis e imperadores retiraram seu poder absoluto que futuramente viria a ser contestado. Tal acontecimento deve-se ao fato de que os Hebreus registraram na Bíblia preceitos morais e jurídicos que foram perpetuados, sobretudo neste direito canônico, o direito dos Cristãos, portanto, o direito da maior parte do continente Europeu (GILISSEN, 1995, p.52).

Gilissen (1995, p.67) destaca com clareza a existência desta ponte temporal entre o direito Hebreu e o Canônico, bem como a coincidência de fonte entre eles:

Assim, numerosas instituições hebraicas sobreviveram no direito medieval e mesmo moderno, sobretudo pelo canal do direito canônico;

porque o direito canônico tem a mesma fonte que o direito hebraico, a Bíblia, pelo menos os livros que os cristãos denominam pelo nome de “Antigo Testamento”.

Cita Gilissen (1995, p.67), a influência hebraica sobre as Civilizações Européias, exemplificando:

Entre as sobrevivências, citam-se nomeadamente a dízima e a sagração. A dízima praticada em Israel, foi retomada no Ocidente desde a alta idade média para dar ao clero o direito de se apropriar de uma parte dos rendimentos dos fiéis. A sagração, que subsiste ainda em certos países (nomeadamente em Inglaterra), é um rito de entronização do rei, que consiste sobretudo na coroação que opera “o investimento do rei pelo Espírito de Jeová”; o rei torna-se assim o representante de Deus no Estado; tendo o povo ratificado sua escolha divina, um pacto de aliança é estabelecido entre rei e seu povo.

A fim de tornar breve a linha que trata o curso do direito ao longo de sua história, se finda as necessárias considerações quanto à civilização Hebraica. Mencionam-se brevemente os motivos da queda do Império Romano. Após tais considerações, transpõe-se ao direito canônico e também ao direito inglês e sua principal consequência, qual seja, o início do movimento do constitucionalismo.

1.3 Período Medieval (Idade Média)

Leciona Lopes que com o desmoronamento do Império Romano, iniciou-se o desenvolvimento da Idade Média, graças ao progresso econômico e a oportunidade justificável socialmente para exposição do poder que lhe concernia. A queda do referido Império deve-se ao fato que este estava calcado em três pilares básicos os quais se resumem em: proteção militar da população, incentivo comercial e facilitação de comunicação (LOPES, 2002, p.63).

Os pilares supramencionados estavam em harmonia até sofrerem abalos advindos de dois motivos principais. O primeiro diz respeito ao modo de produção escravocrata, motivo principal de homens livres se encontrarem sem trabalho. O segundo por sua vez está relacionado com o fato de o cristianismo ser a religião oficial naquele mesmo império, cujo clero, cerca de 300 d.C (baixo-império romano) já possuía um corpo influente e opulento.

O desaparecimento do Império Romano ocorreu, por fim, com a invasão dos nórdicos à Europa central, também denominados de “bárbaros do norte”, que admiravam as

magníficas terras e riquezas existentes ao redor de Roma. A fim de alcançar tais riquezas, os germânicos, passaram a agrupar-se em fortes alianças militares para efetuar a invasão de Roma.

Efetivada a referida invasão pelos “bárbaros”, eclodiu o chamado etnocentrismo, do qual é possível destacar diversas consequências. Estava por ocorrer uma percepção equivocada das características de etnia. Os romanos, utilizando-se de marcações territoriais, linguísticas e culturais impuseram uma autoidentificação, considerando-se como raça diferenciada. A configuração desta unidade racial possibilitou uma discriminação negativa ao modelo cultural diferenciado dos nórdicos, gerando reações violentas contra toda cultura que diferente da romana fosse.

Finalmente, quanto a queda do Império Romano e a ascensão da era medieval, Lopes (2002, p.65) expõe a explicação concernente do que derivou-se de tal fato:

Nesse contexto, algo de inusitado se desenvolveu nos escombros do Império Romano. O que predominava em termos de “instituição” social era algo oriundo de junção de características do regime escravocrata com o regime comunitário primitivo das tribos nórdicas. Os historiadores colocam geralmente que apesar de ambas as formações sociais estarem em crise, a sua mútua incorporação acabou por fomentar um novo regime social, o regime feudal.

Lopes (2002, p.65), completando o supra transcrito, destaca a importância da igreja católica, que posteriormente instituiria preponderantemente o direito canônico na era medieval.

O responsável político pela junção desses dois modelos de vida diferenciados foi a Igreja católica Romana. Por uma lado ela negava aspectos importantes da cultura romana, como o caráter divino do imperador, a hierarquia e o militarismo; por outro lado, acabava por ser também um prolongamento do caráter universalista de Roma, fazendo, por exemplo, com que o cristianismo fosse elevado à religião do Estado. Poder-se-ia sustentar, inclusive, o caráter racional da religião católica e de sua expansão. Embora a verdade divina fosse alcançada pela Revelação, pode-se perceber um projeto claro e lógico de dominação e a imposição de um modelo de pensamento através da teologia.

A igreja católica determinara as bases do direito na Idade Medieval, sendo que justamente neste período despontou-se o movimento do constitucionalismo, advindo daí o motivo principal para que ele seja de veras entendido.

O espaço político anteriormente constituído pelo Império Romano, devido às invasões dos povos germânicos, sofreu diversas divisões e reduções, surgindo então numerosos sistemas de governo menores e autônomos. Deste fato decorreu uma determinada confusão entre propriedade e autoridade. Inexistiam neste momento relações entre Estado e indivíduo, nascendo inúmeras concentrações de propriedade, que por sua vez determinaram a existência de relações de produção diferenciadas que se organizavam em vínculos de subordinação pessoais, gerando relações entre senhores e vassallos, características estas do feudalismo, principal particularidade do período medieval.

Esta relação entre senhor e vassallo, também denominada de “séquito”, onde um conjunto de pessoas acompanham outra por obrigação, cortesia ou cortejo, originou-se com os Germânicos e possibilitou, como ora dito, a existência de feudos como estrutura primordial econômica, social, cultural, moral e política da Idade Média .

Acrescenta Lopes (2002, p.67) que o poder senhorial próprio do feudalismo “está sempre à mercê de um vínculo privado contratual relacionado à existência de elementos pessoais dos que se encontram na posse dos meios administrativos - vontade de obediência e fidelidade -, sendo este poder bastante problemático e precário”.

Nascimento (2009, p.135) em linhas breves, resume os destaques supra:

A Idade média caracterizou-se por três importantes acontecimentos, estreitamente relacionados entre si: primeiro, o declínio do Império Romano; segundo, a ascensão dos invasores germânicos; terceiro, a gradativa cristianização de tais invasores que resultou crescente influência da Igreja. Esta, ao se afirmar como poder espiritual, também não se fez menos atuante nos demais setores da sociedade dessa fase.

Atentando-se ao último parágrafo acima destacado, é possível perceber que a Igreja participara como um grande senhor feudal dentre toda Europa no período medieval. Ela despontou como proprietária de incontáveis terras e alcançou o status de única instituição sólida nesta época. A religião desenvolveu-se nas ruínas de Roma num período em que exigências morais aumentaram e a palavra passou a ter significação social, vinculando os indivíduos a deveres demonstrativos de sua conduta. As relações feudais unidas à legalização do catolicismo pelo Imperador Constantino - no *Edito de Tolerância de Milão*, de 313, d.C - favoreceu o desenvolvimento da Igreja como autoridade religiosa (LOPES, 2002, p.70).

Historicamente, no início do século V, a Igreja inicia um processo de unificação dos povos europeus, ora dominados pelos povos do oriente, na fé cristã, e com o alcance desta

conglobação, passou a reger estes povos nas bases do direito canônico unido paralelamente a ditames do direito romano e germânico.

Cabe ressaltar que anteriormente a ocorrência do referido processo jurisdicional, ocorria o desmembramento dos poderes Estatais em toda Europa medieval, ocasionando uma descentralização da justiça. A resolução das controvérsias existentes entre os particulares eram feitas por varias autoridades temporais, quais sejam, os senhores feudais, agora investidos de jurisdição. Tal situação causava grave transtorno jurídico, já que cada pessoa era acusada tão somente pela lei de seu próprio grupo, não havendo respaldo jurídico caso fora dele a parte lesada se encontrasse (LOPES, 2002, p.74).

Neste contexto a Igreja Católica passou a ser influente sobre as decisões jurisdicionais, sendo que acerca do assunto leciona Lopes (2002, p.75):

À medida que se crescia a influência da Igreja Católica nas questões temporais – já que toda concessão de terra trazia autoridade para o concedente em relação ao concessionário – os tribunais seculares passaram a ser pressionados para julgar seus litígios a partir do direito canônico e para transmitir seu poder de decisão aos tribunais canônicos.

Deste modo a jurisdição eclesiástica tornou-se competente, por exemplo, para julgar matéria civil, como aquelas que envolviam questões matrimoniais e também praticamente a totalidade dos litígios de família

O direito canônico é um direito religioso, assim como ora dito é o hebraico. Suas regras advêm de preceitos divinos descritos na Bíblia. Ele foi durante parte da idade média, o único direito escrito, enquanto o direito laico permaneceu essencialmente consuetudinário neste mesmo período (GILISSEN, 1995, p.133, 134 e 139).

Como consequência da adoção do direito canônico no período medieval, tem-se que este direito se encontrava inseparável de quem realmente estava apto a proferir a palavra legítima, sendo que poucos seriam hábeis a dizer somente a verdade. Tal situação acabou por inviabilizar o conhecimento de forma ampla e justa de lides onde se buscavam direitos pessoais ou mesmo as que nasciam para a prova da não prática de atos contra a Igreja. Ocorriam julgamentos restritos ao conhecimento católico, sem provas coesas, sendo que estes eram impedidos de passar por revisão, sobrevivendo por muitas vezes punições indevidas e desumanas, não observadoras de direitos líquidos e certos.

O direito canônico nasce como discurso que exclui a cultura e o diferente quando se autodenomina único e natural através do processo de “canonização” das interpretações e, principalmente, quando, sob este pretexto, funda e pune o comportamento herético e também quando especifica as práticas de excomunhão e penitência. A lógica dogmática se materializa enquanto prática repressiva institucionalizada, como formadora do comportamento humano através da supressão de quaisquer realidades simbólicas distintas da “verdade” codificada (LOPES, 2002, p.79).

Finalizando as questões relativas ao direito canônico, superveniente no período medieval, o autor Lopes (2002, p.79), explica os motivos finais que levariam a decadência deste direito.

A pluralidade das relações humanas e a possibilidade de expressão diferenciada frustram-se pelo raciocínio excludente instaurado na prática jurídico – política que dogmatiza o acontecer social. A igreja, por fim, marginaliza e exclui os que não fazem parte da crença maior, e o direito canônico surge como instrumento que assegura e legitima essa divisão, punindo os diferentes e os insatisfeitos. O desenvolvimento futuro do direito, a partir desse momento, esteve absolutamente comprometido com essa economia da verdade (economia antes de tudo racional) que é a construção dogmática do saber.

Percebe-se que mesmo o poder exercido com base em dispositivos religiosos tornou-se absoluto e irrefreável.

Os poderes concedidos a determinado ente, normatizados para sua melhor aplicação, ao longo do curso da história do direito, tornaram-se em verdade, violências simbólicas assinaladas com clareza novamente por Lopes (2002, p.278):

É a isso que se chama violência simbólica, a violência da normatização da palavra, da verdade e das práticas políticas (jurídicas) que a estruturam para modificar e dominar as instâncias sociais.

1.4 O Constitucionalismo Inglês e a Magna Carta de 1215

O modelo de formação social e desenvolvimento de direitos alastraram-se de forma similar na maioria das regiões européias. Porém é necessário agora destacar, dentre todas as sociedades e seus respectivos direitos criados, a sociedade inglesa e seu direito.

Por intermédio das lições de Gilissen, sabe-se que até os séculos XII e XIII o direito na Inglaterra era assimilar à dos outros países de seu continente (GILISSEN, 1995, p.210).

A Inglaterra também fizera parte do Império Romano no período compreendido entre os séculos I ao V, sendo que ela veio a sofrer pouquíssima romanização, o que fez com que suas instituições políticas e jurídicas, possuíssem sucintas linhas advindas do direito romano.

Os ingleses também sofreram invasões dos povos nórdicos e viveram a instalação dos reinos germânicos a partir do século VI, bem como a aplicação de leis bárbaras advindas de direito consuetudinário, porém, redigidas na língua germânica e não em latim.

No ano de 1066, Guilherme, duque da Normandia, conquistou a Inglaterra e declarou o desejo de manter lá os direitos anglo-saxônicos, como também importar o feudalismo.

Apesar da instalação do feudalismo, os sucessores de Guilherme acabaram por conseguir manter e desenvolver na Inglaterra a autoridade real, fato este que concede a ela uma característica peculiar, qual seja, a manutenção da realeza no período medieval.

Os reis da Inglaterra, desde o século XII, conseguiram impor sua autoridade sobre o território parte de seu reino e, desta forma, também desenvolvem sua competência jurisdicional, enfraquecendo aquelas pertencentes aos senhores feudais, que acabaram por perder progressivamente, entre os séculos XII e XIII, grande parte de atribuições que eram suas até então.

O poder jurisdicional real efetivava-se segundo regras e ciclos. Primeiramente o rei julgava em seu tribunal denominado *Curiaregis*, sendo que ela era dividida em seções especializadas em determinadas matérias de direito. Qualquer pessoa que desejasse pedir justiça ao rei, poderia assim fazer endereçando-lhe um pedido. O Chanceler do rei, seu principal colaborador, examinava o pedido que caso possuísse boa fundamentação, enviava a um xerife (agente do rei encontrado em diversas localidades) uma ordem chamada de *writ*. Esta ordem ordenava que o réu prestasse satisfação àquele que estava queixando-se, sob pena de cometer desobediência a uma ordem real. Ressalta-se que o réu poderia ir até um dos tribunais para explicar o motivo que possuía para não cumprir a injunção que havia recebido.

Ocorreu, no entanto, que o sistema dos *writs*, o qual datava o século XII, principalmente dentro do reinado de Henrique II, tornaram-se, em verdade, fórmulas estereotipadas, fixas e inalteráveis, concedidas pelo chanceler sem qualquer exame relativo à fundamentação dos pedidos, que eram concedidos simplesmente após a feitura de um pagamento.

Com a ocorrência deste contexto supramencionado, os senhores feudais puseram-se a despendar forças confrontantes às *writs*, sendo que desta luta emanou-se a denominada *Magna Carta* de 1215, conforme ainda explica Gilissen (1995, p.210):

Os senhores feudais bem tentam lutar contra o desenvolvimento dos *writs*; pela *Magna Carta* de 1215, conseguem por freio às limitações das jurisdições reais sobre as dos barões ou grandes vassallos; pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm a proibição de criar novos tipos de *writs*, mas o *Statute of Westminster II* (1285), documento capital na história do *common Law*, concilia os interesses do rei com os dos barões impondo o *status quo*: o Chanceler não podia criar novos *writs* em casos similares (*in consimilicasu*).

Versando sobre o mesmo tema considera Lopes (2002, p.78):

Com o tempo, os barões sentiram-se ameaçados pela crescente interferência do rei em todos os casos e a *Magna Carta* é significativa dessa atitude de tentar impedir a centralização monárquica.

Dessas lições é possível retirar, dentre todas, uma principal para o desenvolvimento do presente estudo, qual seja, aquela que destaca o surgimento da *Magna Carta* de 1215, como marco da luta de direitos que coloquem a classe possuidora do poder absoluto abaixo da própria lei, sendo assim, marco inicial do movimento do constitucionalismo.

A *Magna Carta* se relaciona também com luta pelas limitações dos poderes reais em prol do favorecimento e livre instalação da Igreja na Inglaterra.

O parágrafo acima citado nos remete novamente ao contexto da cristandade e direito canônico desta vez inserido dentro da Inglaterra, sendo que tal conjuntura, neste país, deu-se de forma diversa daquela que ocorria no restante europeu (LOPES, 2002, p.91).

Lopes explica que os reis, ao afirmarem seu poder jurídico – político na Inglaterra estenderam o controle jurisdicional sobre todos os habitantes do território, inclusive o clero. Por tal motivo, enquanto também, no mesmo período, perdurava-se o regime de cristandade, as relações entre poder civil e religioso foram tensas (LOPES, 2002, p. 91).

O principal episódio deu-se próximo à época da reforma Gregoriana que ocorreu durante o reinado de Henrique II, ora já citado como aquele que organizou os tribunais e circuitos de juízes itinerantes. Em 1164, Henrique II promulgou a denominada *Constituições de Clarendon*, a qual tratava de 16 costumes.

Os referidos costumes versavam acerca de determinadas matérias ora descritas por Lopes (2002, p.91-92):

A matéria das *Constituições de Clarendon* envolvia o poder régio nos casos de benefícios eclesiásticos impondo julgamentos nos tribunais reais, assumindo jurisdição sobre disputas de terra da Igreja, proibindo os bispos de deixarem o país sem ordem do rei, apelos vindos dos tribunais eclesiásticos, proibindo a excomunhão de oficiais da casa real, lugares-tenentes e outros, sem ordem do rei. Ao mesmo tempo, dava jurisdição aos tribunais reais sobre os juramentos, proibia a ordenação de filhos de vilões sem ordens expressas do rei e dispunha que o clérigo acusado de crime grave poderia ser julgado pelo tribunal eclesiástico, mas seria sentenciado pelo rei.

Ocorre que, Henrique II tinha como amigo pessoal, o arcebispo de Cantuária, Thomas Beckett, o qual resistia aos supra transcritos costumes, fato este que dividia o reino, até a data de 24 de dezembro de 1170, quando Beckett fora assassinado comprovadamente por amigos do rei Henrique II. Após este fato, Henrique II negou seu envolvimento com a referida morte de Thomas e quando não conseguira mais libertar-se das suspeitas que pairavam sobre ele, decidiu por renunciar, em 1172, das proposições das *Constituições de Clarendon* tidas como ofensivas à jurisdição canônica e à autonomia da Igreja.

No entanto a disputa entre realza e Igreja pelo controle jurisdicional não estava acabada. João Sem-Terra, segundo filho de Henrique II, sucessor de Ricardo Coração de Leão, reinou de 1199 a 1216 e ousou a recusar a indicação feita por Inocêncio III, papa daquele período, quanto a quem seria o arcebispo de Cantuária.

Pelo motivo acima mencionado, Inocêncio III suspendeu parte do culto na Inglaterra e excomungou o rei João, deixando sem igreja o cotidiano da vida medieval, que nela resumia-se já que lá ocorriam festas, encontros e distrações além de conforto para as aflições do corpo e da alma. A ausência daquilo que era essencial no período feudal unido a revolta dos barões fez com que, em 1215 a *Magna Carta* também se abrisse como espécie de garantia de que a Igreja na Inglaterra fosse, de veras, livre (LOPES, 2002, p.92).

A Magna Carta fora a primeira expressão do constitucionalismo, movimento a seguir tratado especificamente. Por ser justamente uma primeira expressão da necessidade de limitação de poder, ela decorreu não de um povo que se encontrava com maturidade jurídica advinda de uma gradação moral, mas sim, do desgosto inglês contra a ação invasora e despótica de João Sem Terra. Os ingleses, pelo contrário, se conjuraram numa luta sincera pela segurança e estabilidade que anteriormente (e aparentemente) viviam, sendo este o motivo pelo qual, foram fieis a seus santos (ALTAVILA, 1997, p.147).

Altavila (1997, p.147) diz que a Magna Carta decorreu de “[...] uma cruzada interna, para readquirir uma situação legal que lhes havia sido subtraída sem denúncia e sem causa”.

A referida Carta fora redigida em latim e só esteve ao alcance de terceiros haja vista a existência de cópias feitas por prelados, sendo que tais cópias evitaram sua completa perda, já que João Sem Terra não a quis registrar, determinando sua destruição, em vão, já que os barões ingleses lhe impuseram a outorga.

Ainda segundo Altavila (1997, p.157):

É preciso que se olhe imparcialmente, em retrospecto, o panorama sombrio da Europa da Idade Média, a fim de que se compreendam o alcance, a extensão benéfica e as prerrogativas trazidas pela carta inglesa. Não foi ela um astro que surgisse no firmamento das nações, para alumiar a consciência dos homens, porém foi uma centelha inicial que serviu para despertar o espírito humano, embotado pela barbárie e pelo feudalismo.

Altavila (1997, p.157) diz ainda que “era de condoer a situação do povo numa organização social em que não havia um órgão legal, uma palavra autorizada em defesa de sua honra e seus bens”.

Deste modo, tem-se a Magna Carta como um meio de defesa das antigas leis inglesas, como as do tempo de Henrique II, imaginador de tribunais em províncias, e, por conseguinte, como freio as investidas das autoridades judiarias, quando deixava nítida a proibição de vexar de qualquer pessoa (ALTAVILA, 1997, p.165).

Salienta-se ainda que a Carta inglesa levou mais de meio século para ser definitivamente reconhecida e respeitada pela coroa, sendo que os favores políticos que esta continha, não foram, de imediato gozados, nem pelo clero, nem pela nobreza, burgueses e servos.

Hoje, diz Lenza (2010, p.51), que “[...] a Magna Carta, representa o grande marco do constitucionalismo medieval, estabelecendo, mesmo que formalmente, a proteção a importantes direitos individuais”.

A Magna Carta limitou os poderes reais, confirmou a liberdade individual e a inviolabilidade da propriedade privada. (NASCIMENTO, 2009, p.104)

Nascimento (2009, p.104-105 apud CHURCHILL, 1960, p.244-245) sintetiza a importância da feitura da célebre Magna Carta:

Embora essa carta, como lembra Winston Churchill, fosse “uma reparação de agravos feudais arrancados de um soberano contra a sua vontade por uma classe dominante descontente, que insistia em seus privilégios”, há que se ter em vista, na palavra ainda do historiador e grande estadista: “Em todo o documento, ficou implícito que ali está uma lei que fica acima do rei e que nem mesmo ele pode violar. Essa afirmação de uma lei suprema e sua expressão numa carta geral é o grande trabalho da Magna Carta; e só isso já justifica que os homens lhe dedicaram”.

Altavila (1997, p.157 apud LEÃO, 1912), por sua vez, destaca o constitucionalismo nascido na Inglaterra por meio do ensinamento expresso abaixo:

O prof. Laurindo Leão, num estudo “sobre a idéia do Estado e da Administração”, dando como definitivo na Inglaterra o regime de liberdade, explica que, “nas Ilhas Britânicas, uma nobreza pobre de poder pelas invasões sucessivas de normandos e dinamarqueses que fortificam as realezas, teve que congraçar-se como *munícipes* e limitar assim intensamente a realeza, dando em resultado o constitucionalismo representativo, que passou à sua colônia norte-americana, de onde se comunicou à França que o propagou a todos os países fortes”.

Utilizando-se de um propício encadeamento, é possível unir a ideia supra à de Gilissen, (1995, p.241):

Desde o século XII, os primeiros esforços de formulação dum direito objetivo aparecem por toda parte na Europa. Trata-se de regras de direito, aplicáveis a todos os habitantes dum território ou a todos os membros dum grupo social determinado, gozando de certa autonomia política. São, por exemplo, as regras de direito público e privado que se encontram nos privilégios concedidos às cidades ou nas primeiras colectâneas de direito redigidas em alguns principados, ou ainda nos primeiros actos legislativos dos soberanos e dos grandes senhores.

Gilissen (1995, p.241) destacou em seu texto, o principio do movimento do constitucionalismo na Europa antiga, o qual se iniciou formalmente, conforme ora destacado, com Magna Carta, em 1215, na Inglaterra.

Canotilho (1992, p.49), por sua vez, faz indagações no sentido de quais foram os fatores que caracterizaram historicamente o constitucionalismo inglês, e logo após trata de responder conforme se observa a seguir:

As respostas à primeira interrogação podem sintetizar-se em três tópicos: (1) garantia de *direitos adquiridos* fundamentalmente traduzida na garantia do “binômio subjectivo” *libertyandproperty*; (2) estruturação corpporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos membros de um estamento; (3) regulação destes direitos e desta estruturação através de *contratos de domínios* (*Herrschaftsverträge*) do tipo da *Magna Charta*.

Tavares (2002, p.1) buscando o conceito do constitucionalismo, identificou quatro sentidos para este movimento, sendo aqui necessário atentar-se ao sentido histórico que o autor consegue transmitir no texto infra transcrito:

[...] numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Antes de se iniciar o estudo voltado ao constitucionalismo presente na Idade Moderna, cabe ainda atentar-se e ressaltar as principais mudanças ocorridas, ainda no período medieval compreendido entre os séculos XII e XIII, na maioria das regiões da Europa.

Determinados reis e senhores, ao utilizar-se de seus esforços tornaram possível o desaparecimento do regime feudal, que até então se caracterizava pela força, violência e submissão de homem pelo homem. Aqueles que estavam no exercício do poder passaram a optar pela manutenção da ordem e da paz, através do desenvolvimento de suas respectivas justiça e policia. Nasciam aí os embriões dos Estados modernos, que poderiam ocorrer tanto nas mãos de um rei que coloca um vasto território à sua autoridade, como de fato ocorreu na França, Inglaterra, Espanha, como também nas mãos de um único e grande senhor, mantenedor de uma quase-independência de seus domínios e propriedades, ou seja, de seu senhorio (GILISSEN, 1995, p.205).

Além do nascimento dos embriões dos Estados modernos, outra mudança principal que ocorria neste período é a suplantação da lei pelo costume, o qual havia permanecido como fonte quase exclusiva de direito em varias regiões europeias, particularmente, com características próprias em cada domínio senhorial. Foi pela via legislativa, que, a partir do século XIII novas regras são introduzidas, confirmadas e generalizadas na Europa, por meio

de leis advindas de reis e grandes senhores e das cidades. Portanto é perceptível que a história do direito europeu lentamente (séculos XIII ao XVIII) perdurou no declínio dos costumes em benefício da lei como fonte de direito equitativo (GILISSEN, 1995, p.210).

A lição supra narrada demonstra os primeiros efeitos decorrentes do constitucionalismo. Já a lição infra assinalada explana as principais consequências, senão a principal consequência, deste movimento.

Novamente, Canotilho (1992, p.50) vem responder as indagações que versam acerca da evolução e consequências evidentes do constitucionalismo na Europa, relatando primorosamente o trasladado a seguir:

A evolução destes momentos constitucionais desde a *Magna Charta*, de 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à sedimentação de algumas dimensões estruturantes da “constituição ocidental”. Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como *liberdade pessoal* de todos os ingleses e como *segurança* da pessoa e dos bens de que se é proprietário no sentido já indiciado pelo artigo 39.º da *Magna Charta*. Em segundo lugar, a garantia de liberdade e da segurança impôs a criação de um *processo justo regulado por lei* (*due process of Law*), onde se estabelecessem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar, as *leis do país* (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado *direito comum* (*common law*) de todos os ingleses. Em quarto lugar, sobretudo a partir da *Glorious Revolution* (1688-89), ganha estatuto constitucional a idéia de *representação e soberania parlamentar* indispensável à estruturação de um *governo moderado*.

O início do movimento do constitucionalismo acarretou fator importantíssimo, qual seja a formação de um governo estruturado junto a um parlamento. Passou-se a ter uma espécie de “soberania colegiada”, formada pelos “comuns”, reis e lordes, que conseguira alcançar a entrada no parlamento, possibilitando a simetria entre forças políticas e sociais, exercendo-se a civilidade de representação.

O constitucionalismo, portanto, permitiu a decadência do poder absoluto desenvolvido desde a criação das primeiras sociedades, em favorecimento, agora, da denominada soberania parlamentar, sendo tal soberania elemento estruturante de constituições mistas, ou seja, aquelas em que o poder não mais se concentra nas mãos de um monarca, mas é partilhado entre ele e órgãos do governo – rei e parlamento.

Do parlamento, possuidor idem de soberania, advirá à idéia de que todo poder supremo deve ser exercido por meio de forma de lei criada pelo próprio parlamento. Tal concepção é, pois, a gênese do princípio básico do constitucionalismo: o Estado de Direito (CANOTILHO, 1992, p.50).

Transpõe-se neste momento, o estudo histórico do constitucionalismo presente na Idade Média, para o constitucionalismo presente na Idade Moderna, o qual denominou-se constitucionalismo moderno.

1.5 Constitucionalismo Norte-Americano

O constitucionalismo moderno é inaugurado a partir do advento das Constituições escritas dos Estados Unidos da América (1787), promulgada após a independência, e a da França (1791), fruto da famosa revolução francesa, temas este tratados sequencialmente a seguir.

O constitucionalismo norte-americano iniciou-se em 1620 com a carta política denominada *Convenant*, ora conhecida como *Pacto de Mayflower*, assinada pelos primeiros colonizadores ingleses da Virgínia. Através desta carta, os povos puritanos, com base na igualdade de todos os indivíduos, estabeleceram o modo de organização jurídico-política nas colônias na América do Norte (NASCIMENTO, 2009, p.105).

A referida carta desencadeou o desenvolvimento do constitucionalismo americano, que, frisa-se iniciou o ciclo das constituições escritas. Nela encontravam-se o núcleo das idéias que, posteriormente, se tornaram instituições de Direito Constitucional (NASCIMENTO, 2009, p.105).

Ato contínuo, instalou-se a denominada *House of Burgess*, composta por 22 membros eleitos. Outros núcleos de colonização foram iniciados, e deles, decorreram a outorga de outros documentos constitucionais organizadores de política baseada na divisão de poderes. Sabe-se que até a data de 1764, as colônias norte-americanas possuíam boa relação com o governo de Londres. Ocorreram que travada a Guerra dos Sete Anos entre França e Inglaterra, esta última dela saiu vencedora, porém, dissipada em seus recursos os quais necessitava para liquidar os débitos assumidos ao longo da batalha, motivo este gerador de uma articulação apta a ampliar as imposições tributárias devidas pelas colônias da América do Norte (NASCIMENTO, 2009, p.106).

Segundo os entendimentos de Nascimento relacionados a seguir, a mencionada tributação gerou a reação norte-americana, ora fundada na ideia de que não poderia haver tributação sem representação. Da reação violenta, decorreu a declaração de independência, em 4 de julho de 1776, bem como a guerra ao longo da qual os norte-americanos contaram com o apoio francês, por razão ideológica, qual seja o fim do absolutismo. Derrotados no campo de batalha, os ingleses foram forçados a aceitar a nova situação (NASCIMENTO, 2009, p.106).

A independência norte-americana, verdadeiramente cumpriu com o fim do absolutismo. Criou-se primeiramente os Estados soberanos, depois, uma Confederação de Estados e, por fim, o Estado Federal, cujo regimento deu-se pela Constituição de 1787, marco do Constitucionalismo Moderno haja vista a antiga e sempre presente idéia de estabelecimento e organização de governo pelos próprios governados.

A Constituição norte-americana de 1787, fora, sem sobra de dúvidas reconhecida como imponente influência em muitos outros países, conforme destaca Nascimento (2009, p.106 apud FERREIRA, 1948, p.82):

A influência que a Constituição norte-americana exerceu nas de muitos outros países é fato por demais reconhecido. Tanto assim que Jellinek faz a seguinte observação: “Na América é onde há de se buscar a origem das nossas atuais constituições escritas, e por isso se deve prestar atenção à mesma. A Revolução Francesa aceita a idéia americana, e da França, ela se estende aos demais Estados europeus”.

Importante pontuar que, apesar de promulgada em 1787, a constituição dos Estados Unidos não continha uma declaração de direitos, mas, em 1789 era apresentada ao Congresso Americano, a primeira emenda, com a declaração de direitos individuais (AZAMBUJA, 1971, p.156).

1.6 Constitucionalismo Francês

Segundo os ensinamentos de Azambuja (2008, p.156), em período temporal idem ao supracitado, precisamente entre 18 a 27 de agosto de 1789, “[...] a Assembléia Constituinte da França em plena revolução votava a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*”.

Se esta diante da historicamente conhecida Revolução Francesa que, tal como a reacionária independência norte-americana, também se perfaz como movimento histórico de

contenção ao poder arbitrário absoluto e meio de implementação do constitucionalismo moderno e seus ditames.

Detalhando este momento histórico, sabe-se que uma crise social e econômica alastrava-se pela França, quando o rei Luís XVI decidiu por convocar o que se chamava de “Estados Gerais”, o qual possuía representantes da sociedade francesa, ora rigidamente dividida em clero, nobreza e povo. “O terceiro Estado”, liderado pela burguesia e representando a maioria da população fez-se predominar sobre o “primeiro Estado”, como também, sobre o “segundo Estado”, e neste momento, se declarou como Assembléia Nacional Constituinte, passando a redigir uma constituição para a França.

Primeiramente, em 1789 os membros da referida Assembléia Constituinte editam a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*. Em seguida, no ano de 1791 é promulgada uma *Constituição* tendo a citada Declaração de Direitos como preâmbulo. Esta *Constituição de 1791* estabeleceu a tripartição de poderes e implementou a monarquia constitucional (AZAMBUJA, 2008, p.156).

A ordem cronológica referida no parágrafo supra é explicada por Canotilho (1992, p.89) nos seguintes termos:

A idéia do Estado de direito no constitucionalismo francês assentou – pelo menos em termos teóricos – , na construção de uma *ordem jurídica hierárquica*. No vértice da pirâmide hierárquica situava-se a *Déclaration* de 26 de agosto de 1789 consagrando os “*droits naturels et sacrés de l’homme*”. Esta *Déclaration* era, simultaneamente, uma “supraconstituição” e uma “pré-constituição”: supraconstituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição (1791); pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior. A constituição situa-se num plano imediatamente inferior à Declaração. A lei ocupa o terceiro lugar na pirâmide hierárquica e, na base, situam-se os actos do executivo de aplicação das leis.

Como consequência, assinala Gilissem (1995, p.413) que “a Revolução Francesa constitui uma facto capital na história do direito dos outros países da Europa ocidental[...]”.

A Revolução mencionada originou um direito por total individualista. O indivíduo goza de extrema e máxima liberdade, tanto no domínio do direito privado como no direito publico.

1.7 EscolaJusnaturalista (Teorias Motivadoras do Constitucionalismo)

Após o breve delineamento acerca das revoluções americana e francesa, clarividente é a necessidade de compor também um breve estudo que verse sobre as teorias motivadoras das referidas revoluções precursoras do constitucionalismo.

Utilizando-se das lições de Gilissen (1995, p.413), este diz que “as origens dos princípios políticos e jurídicos da Revolução Francesa são múltiplos”.

Esta diversidade motivadora da Revolução Francesa, como também na norte-americana decorreu da existência de diversas teorias criadas por filósofos ingleses e franceses do século XVII e XVIII, sendo os principais a serem citados: Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau, Voltaire eMontesquieu, os quais elaboraram novas teorias pautadas nas relações entre os homens e também sobre o funcionamento do Estado.

Os pensadores supracitados foram prenunciadores da ciência do direito natural e suas teorias serão abaixo colacionadas. Pronunciava-se doutrinariamente a idéia da existência de um direito inerente à própria natureza do homem remontada para além do século XVII.

Importante pontuar que o direito natural é uma nova teoria cujas raízes estão em processos e eventos históricos, tais como: o desenvolvimento capitalista do mercado, o fim da cristandade, a conquista da América e a afirmação do Estado nacional. Esta nova teoria se entretém com assuntos da soberania e do pacto de sujeição entre soberanos e súditos e abre discussões que versam sobre o poder dos soberanos. Discute ela também o contexto da tolerância religiosa, liberdade individual, liberdade de consciência e de ação (LOPES, 2002, p.179).

Acena Lopes (2002, p.182) sobre a teoria do direito natural:

O direito natural moderno é, neste sentido, uma novidade. Seu método e função social rompem com a tradição estabelecida no direito comum e são relativamente disfuncionais ao antigo regime, ainda profundamente corporativista, estamental, tradicional. Impõe-se como novo método, novo paradigma, e impõe-se aos poucos, ou seja, embora possamos definir os séculos XVII e XVIII como séculos dos jusnaturalismo, o que se ensina nas escolas, o que se comunica como profissão jurídica ainda é, naqueles duzentos anos, em boa parte o *direito comum*. Isto sem falar que as instituições ainda funcionam no regime antigo.

O direito natural fora o grande motivador das revoluções em questão pelos motivos que Lopes (2002, p.182) destaca:

O direito natural é uma luta contra o sistema medieval de estudo e ensino, de submissão à tradição e aos costumes e sobretudo contra a ordem pré-liberal, pré-burguesa, pré-capitalista. Por isso a revolução burguesa, francesa ou americana será tratada em termos jusnaturalistas, com a invocação do direito natural como arma de combate, justamente contra o edifício jurídico-institucional do Antigo Regime. Os juristas filósofos do direito natural terão um papel ideológico relevante no processo revolucionário porque justificarão a derrubada da tradição medieval, incorporada seja nas instituições políticas, seja na regulação privada dos negócios (contratos, propriedade, família e sucessões).

Aproveitando novamente das lições de Gilissen(1995, p.364),obsta ressaltar a primeira obra denominada *De iure belli ac pacis* (do direito da guerra e da paz) – 1625 – do grande jurista holandês Grotius (Hugo de Groot), que fora reconhecida durante muito tempo como obra fundamental do direito natural. Grotius possuiu inúmeros motivos para ser conhecido como pai do direito natural, tendo em vista ser ele um grande e notável espírito de seu tempo, fazendo-se humanista, historiador, jurista e homem político.

O direito natural continuou a ser desenvolvido por doutrinadores como Thomas Hobbes (1588-1697) e John Locke (1623-1704).

A obra de Hobbes, cujas principais expressões são *De cive*(1642) e *Leviathan* (1651),possui grande importância na filosofia política e no direito publico moderno (LOPES, 2002, p.192).

Segundo Lopes (2002, p.192), tem-se que o direito natural de Hobbes “[...] é na verdade uma reflexão sobre a natureza humana”.

Lopes (2002, p.192), com clareza, explica a teoria de Hobbes:

O que pode ser natural ao homem é a defesa do próprio interesse e nestes termos é o contrato, o pacto social, que cria um modo de convivência possível. Logo, o direito natural de Hobbes não é o direito natural de defesa da dignidade transcendente dos seres humanos. Trata-se de um direito natural contratualista e não democrático. *Autoritas non veritas facit legem*: a autoridade, não a verdade, faz a lei.

Hobbes entende que o mundo é um complexo de seres individuais e que a vida política é, portanto, um arranjo se seres individuais, que estabelecem entre si as regras de convivência, por meio de um pacto de dominação e sujeição, o pacto de sociedade. Existe porem, um contrato que torna todos os outros possíveis, o contrato de sujeição ao soberano,

cujo objetivo é o alcance da paz, motivadora do nascimento do direito, que por sua vez, não teria surgido para o alcance da justiça. A ordem, e não o bem, seria a finalidade primeira do Estado, pois a ordem é por si só o próprio bem que os homens buscam socialmente.

O estado de natureza para Hobbes é um experimento da razão que velaria ou a ordem ou a guerra. Sua teoria exprimiu a idéia de que o Estado assume o direito e não restam direitos aos súditos, senão aqueles reconhecidos pelo soberano. Apenas em nome da paz e segurança é que se poderia contestar a autoridade, que, em verdade não seria mais autoridade caso incapaz fosse para manter o mínimo de ordem, já que a perda de eficácia levaria a perda de legitimidade. Assim, o direito natural sendo a auto defesa de interesses, é a exigência para manutenção do pacto social.

Rejeitando o postulado clássico de sociabilidade do homem, Hobbes, coloca justamente o homem como um ser, por natureza, egoísta. Para ele a sociedade é frágil, podendo-se desintegrar pelos próprios interesses individuais daqueles que a compõe, motivo pelo qual este pensador construiu uma nova moralidade política a partir do realismo político de Maquiavel, buscando a lei natural na origem do homem.

Continuando com a utilização da doutrina de Lopes (2002, p.193), comenta-se agora sobre John Locke, que, salienta-se ser “um autor emblemático de outra face do jusnaturalismo moderno”.

John Locke é um dos mais importantes pensadores do direito natural e fora reconhecido como pai de uma concepção do direito e do Estado chamada de *individualismo possessivo*. Este procurou uma lei natural, uma lei de razão comum a todos os homens, aceita universalmente.

Agora Gilissen (1995, p.367) resume o entendimento de Locke:

John Locke (1632-1704), médico e filósofo inglês, escreveu em 1690 o *Civil Government*, dois ensaios sobre o poder civil, nos quais tentou justificar a revolução de 1688; desenvolveu aí as idéias do liberalismo nascente sobre a limitação do poder no Estado e sobre os direitos e liberdades dos cidadãos. Já se encontra a idéia de um pacto social como origem e base do Estado; numa sociedade política, diferentemente nesse aspecto do estado de natureza em que cada um faz justiça, cada membro aceita as leis e regulamentos; mas apenas renuncia à sua liberdade na medida necessária ao fim da sociedade. O poder do rei está longe de ser ilimitado; deve respeitar a liberdade e as leis fundamentais do bem público. Locke teve uma influência considerável tanto em França como em Inglaterra e nos Estados Unidos.

Gilissen (1995, p.367), continuando com os estudos acerca dos teóricos influentes nas revoluções marcadas pelo constitucionalismo, expõe agora sobre Montesquieu:

MONTESQUIEU (1689-1755), conselheiro no parlamento de Bordéus, grande viajante, é um discípulo de Locke. No seu *Esprit des Lois* (1748), põe todavia maior tônica na evolução histórica dos diferentes direitos nacionais do que na unidade do direito da natureza; cada povo tem seu próprio direito, nascido do seu passado, dos seus costumes, da situação geográfica. Descreveu longamente o direito constitucional inglês no qual se baseia a sua teoria da separação dos poderes e da liberdade política.

Tratando agora de Jean-Jacques ROUSSEAU (1712-1778), sabe-se que este desenvolveu no seu *Contrat Social* (1762) as grandes teorias sobre Estado e o direito. Ressalta-se que essas teorias, por derradeiro, influenciarão a Revolução americana e a francesa. Tais teorias implicam que o homem, é por natureza, um ser social provido de direitos subjetivos ilimitados e que o mesmo está obrigado a viver em sociedade.

Rousseau, assim como Locke, prevê um pacto, um contrato social, como base de qualquer sociedade política. Este contrato social implicaria na colocação em comum da pessoa e todo seu poder sob a suprema direção da vontade geral, sendo que cada pessoa seria parte indivisível do todo. Sendo assim, Rousseau, determina a existência da alienação feita por um único membro de seus direitos individuais à comunidade, ou se já, ao Estado. Porém, esta alienação só ocorreria na medida em que ela fosse necessária para salvaguardar os mesmos direitos ora cedidos. Como exemplo, não se poderia matar porque os outros também assim não poderiam, ficando deste modo a vida de cada um salvaguardada.

Rousseau, por conseguinte, diz ainda que a vontade geral é o poder de fixar normas impostas a todos em troca da renúncia aos direitos, e pertence ao povo. O povo é, por sua vez, soberano e único possuidor do poder legislativo. Frisa ainda que esta vontade geral não se representa, não se delega, não se aliena, motivos pelos quais a democracia só poderá ser direta. Todos os cidadãos seriam iguais e possuiriam os mesmos direitos e, toda lei seria uma declaração pública e solene da vontade geral, cujo objeto seria o interesse comum.

Destaca-se Rousseau como pensador que expôs com clareza os ideais do constitucionalismo que, por sua vez, se fez presente nos movimentos revolucionários na França e nos Estados Unidos.

Existem diversos motivos que fundamentam esta supracitada presença. Em sua obra mais conhecida, *O Contrato Social* de 1762, Rousseau defende um Estado baseado na

democracia, voltado para o bem comum e para vontade geral. Salienta-se ser ele o primeiro a atribuir soberania ao povo. Tais ideais, por exemplo, vir-se-iam a encaixar-se nos movimentos populares mais radicais durante a Revolução Francesa, devido ao fato de que sua teoria alcançou grande sucesso entre as camadas populares e a pequena burguesia, compondo assim o conjunto iluminista, já que suas idéias criticavam a ordem absolutista. No entanto, fora também uma exceção entre os pensadores de seu tempo, já que criticava a burguesia e a propriedade privada, esta que, para ele, era a origem das desigualdades sociais. Ressalta-se ainda, a influência teórica que Rousseau, exerceu na primeira constituição americana que nascia com o fim da revolução, marcando o início do constitucionalismo moderno (GILISSEN, 1995, p.367-368).

1.8 Sinopse histórica e decorrências do Constitucionalismo

Utilizando-se das lições de Lenza (2010, p.50-53), esquematiza-se resumidamente a seguir, a evolução histórica do constitucionalismo, tema este tratado neste capítulo.

A evolução histórica do constitucionalismo se traduz no contexto em que o poder dos governantes colocava-se contra a liberdade dos governados. Este movimento não fora um paradigma utilizado de forma igualitária em todos os países, já que é possível se verificar que o mesmo caracterizou-se e ocorreu diferentemente em diversas regiões e épocas.

Por primeiro, é possível verificar o nascimento do constitucionalismo no período da antiguidade clássica. Identifica-se, timidamente, entre os hebreus, o surgimento de um constitucionalismo estabelecido no Estado teocrático, onde existiam limitações ao poder político no momento em que se assegurava aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem limites bíblicos.

Ainda durante a antiguidade, as Cidades-Estados gregas foram importante exemplo de democracia constitucional. Elas aplicavam a democracia direta concedendo em seu sistema político a plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político estaria igualmente distribuído os entre cidadãos ativos.

Sobrevém o constitucionalismo à idade medieval, período marcado por uma profunda fragmentação política, econômica e cultural, surgindo o feudalismo, onde os senhores feudais exerciam não só o poder econômico, mas também o poder político, marcado pela prevalência do poder da Igreja. Como contribuição importante, pode-se citar o

desenvolvimento da idéia de que o rei só seria governante se respeitasse a Lei advinda do direito natural e dos costumes.

Dentro do contexto medieval se encontra o constitucionalismo inglês assinalado na Magna Carta Libertatum, considerada constituição ante ao fato de ter estabelecido limitações ao poder real, garantindo proteção a diversos direitos individuais, como por exemplo, o da propriedade. A Petition of Right, Bill of Rights, também são exemplos de pactos escritos que foram moldando o constitucionalismo inglês, com a progressiva limitação do poder dos governantes. Foram se aprimorando as idéias de liberdade dos cidadãos, do tribunal do júri, habeas corpus, liberdade religiosa, acesso à justiça, e o devido processo legal. O processo de formação do constitucionalismo inglês é peculiar, pois não é fruto de revoluções devido ao fato de que, ao longo da história, foram acomodando-se diversas forças como a do rei, igreja e burguesia, criando um governo equilibrado, com a harmonização de suas forças.

Transpõe-se o constitucionalismo à idade moderna, o qual fez-se a própria denominação de movimento político-jurídico-social que causou a evolução do conceito de Constituição, de seu conteúdo e a modificação da forma de detenção do poder nos Estados. Referida evolução ocorreu em duas frentes diversas: uma na Europa e outra nos Estados Unidos, sendo certo que ambas concorreram para a formação da idéia atual de constituição.

Na Europa o constitucionalismo teve início com a revolta burguesa, detentora do poder econômico, contra os Estados monárquicos absolutos, onde todo poder político se concentrava nas mãos do monarca. Unidos do arcabouço teórico dos pensadores contratualistas (Locke, Hobbes e Rousseau) e dos ideais de Estado de Montesquieu, a burguesia passou a pressionar a monarquia, o que culminou com a libertária revolução francesa e logo após, com a proclamação da nova Constituição Francesa. Esta constituição, toda fundada no dogma do idealismo liberal, trazia apenas normas de organização do Estado e direitos e garantias de primeira geração (liberdades individuais), modelo este que perdurou até metade do século XX, quando, após a segunda guerra mundial, as constituições passaram a seguir os modelos das constituições do México de 1917 e da Alemanha (Weimer) de 1919, garantidoras de direitos de segunda geração (sociais, econômicos e culturais).

Nos Estados Unidos o movimento ocorreu de forma diversa, devido ao fato de ter sido precoce a sua independência da Inglaterra e a adoção de um Estado Federado Republicano, o constitucionalismo evoluiu para garantir direitos já conquistados (civis e políticos) e para a implantação de direitos econômicos e sociais, como também direitos de igualdade.

Portanto, diversas foram as contribuições do constitucionalismo moderno a seguir elencadas. Primeiramente, frisa-se o advento de constituições escritas, como reflexo dos postulados do positivismo legalista, que optava pelo direito escrito (*jus scriptum*) por força do racionalismo iluminista e das exigências de segurança e previsibilidade do sistema capitalista de produção. Verifica-se a afirmação do Estado de Direito, com a conseqüente submissão dos governantes à legalidade constitucional e infraconstitucional. Há o surgimento do princípio da supremacia constitucional e dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Acresça-se o reconhecimento expresso de direitos e garantias individuais em Declarações internacionais e no corpo das próprias Constituições como decorrência do jusnaturalismo como doutrina dos direitos naturais do ser humano. Acresça-se também a afirmação da idéia de soberania popular através da organização institucional dos procedimentos das democracias representativas, com gradativo alargamento da participação popular nos processos decisórios fundamentais. Por fim, pontua-se a previsão da separação dos poderes, mormente na forma tripartíde, como técnica de limitação do poder e de salvaguarda dos direitos e garantias individuais.

1.9 Constitucionalismo Moderno e Contemporâneo

Após a explanação contida neste capítulo, a qual versa sobre as fases e teorias correlatas ao constitucionalismo, se destacam ainda dois marcos essenciais respeitantes ao constitucionalismo moderno e contemporâneo.

Primeiramente sobreveio o constitucionalismo moderno, momento este que Lenza (2010, p.52) destaca estarem presentes “as constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder”.

Seguindo os ensinamentos de Lenza (2010, p.52) este destaca que dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O constitucionalismo moderno fora um movimento deflagrado durante o iluminismo e concretizou-se como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como titular legítimo do poder. O liberalismo clássico contido no constitucionalismo liberal destacou valores como: individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Estes valores influenciaram as constituições brasileiras de 1824 e 1891.

A concepção liberal gerou a concentração de renda e a exclusão social, motivo pelo qual o Estado passou a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico, evidenciando-se a denominada segunda geração ou dimensão de direitos que representa-se por documentos marcantes como a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919, sendo tais documentos grandes influenciadores da Constituição brasileira de 1934.

Quanto ao constitucionalismo contemporâneo explica Lenza (2010, p.53):

O constitucionalismo contemporâneo está centrado naquilo que UadiLammêgoBulos Chamou de “totalitarismo constitucional, consecutório da idéia de constituição programática”, e que tem como bom exemplo a Constituição brasileira de 1988. Fala-se em “totalitarismo constitucional” na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e se destacando aquela idéia de constituição dirigente defendida por Canotilho.

A idéia de dirigismo estatal (fixação de regras para dirigir ações governamentais) vem a evoluir para a perspectiva de dirigismo comunitário presente em um constitucionalismo globalizado o qual busca difundir a proteção aos direitos humanos e propagá-lo em todas as nações.

Neste período destaca-se o surgimento dos direitos de terceira dimensão ou geração que trazem a idéia de proteção aos direitos da fraternidade ou solidariedade, destacando-se dentre eles os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à comunicação e a conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.

Lenza (2010, p.53) finaliza ao complementar que “no Brasil essa perspectiva está consagrada no texto de 1988, embora esboçada nos textos de 1946 e 1967”.

CAPÍTULO 2 – LEGISLAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

No tocante a conceituação própria do constitucionalismo, Canotilho (1992, p.45) delimita:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica de poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

O Constitucionalismo ao apresentar a nova forma de estruturação do Estado e alocação de diversos direitos dentro de um único texto, qual seja, o constitucional, abriu possibilidades para diversas interpretações referentes às constituições. O autor Marcelo Neves apresenta determinada interpretação, ora singular, que versa sobre a função simbólica que os textos constitucionais atuais apresentam e que deverá ser objeto principal do presente trabalho.

Neves (2011, p.1) na introdução de sua obra delimita seu estudo ao explicar:

No presente trabalho, pretende-se abordar o significado social e político dos textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distinção entre texto e norma constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica.

2.1 Legislação Simbólica

De acordo com os ensinamentos de Neves, estes a seguir utilizados, o direito positivo é compreendido no sentido de que as leis formam meios insuperáveis para se alcançar determinados fins visados pelo legislador, tais como as mudanças sociais, sendo que o mesmo implica num modelo funcional, simplista e ilusório, conforme demonstram seus críticos. Por um lado tem-se leis que apenas codificam normas sociais já reconhecidas. Por outro lado grande é a complexidade do ambiente social dos sistemas jurídico e político para que a atuação do Estado através da legislação possa ser apresentada como instrumento seguro de controle social.

Neves (2011, p.29) explica que:

Desde as últimas décadas do século XX, tem-se discutido cada vez mais a situação paradoxal do aumento dos encargos do Estado em conexão com a redução da capacidade do direito de dirigir a conduta social.

O fracasso da função instrumental da lei não é apenas um problema de ineficácia das normas jurídicas. Diante dessa afirmativa abre-se o debate em torno da função simbólica de determinadas leis. Grande é a quantidade de leis que desempenham funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao sentido jurídico manifesto.

Neves (2011, p.30), após as referidas explicações define legislação simbólica:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificadamente normativo-jurídico.

O conceito de legislação simbólica se refere ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, sendo que o sentido político de ambos prevalece hipertroficadamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico.

Quando o legislador fica restrito produzir normas sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, mesmo estando em condições de criá-los, há indícios de legislação simbólica. No entanto, a problemática que envolve a legislação

simbólica esta condicionada estruturalmente, sendo necessário falar em interesses sociais que a possibilitam.

São muito heterogêneos, compostos por varias partes, os casos enquadrados no campo conceitual de legislação simbólica, sendo que tais casos procuraram-se classificar. Determinou-se que quando uma nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente se está diante de um caso de legislação simbólica. Frisa-se que tal caso não ocorre simplesmente por se tratar de legislação destinada a regular situações já suficientementeprevistas em leis mais antigas, mas independentemente disso.

Neves (2011, p.33) destaca modelo tricotômico que aponta para a tipologia da legislação simbólica, cuja sistematicidade o torna teoricamente frutífero. Diante deste modelo tricotômico o conteúdo da legislação simbólica pode ser para confirmar valores sociais, para demonstrar a capacidade de ação do Estado e para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatários.

No tocante ao conteúdo da legislação simbólica para confirmação de valores sociais, exige-se do legislador freqüentemente, uma posição a respeito dos conflitos sociais em torno de valores. Determinados grupos que encontram-se envolvidos em debates ou lutas pela prevalência de determinados valores vêm a “vitória legislativa” como ma forma de reconhecimento da “superioridade” ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei. Esses grupos procuram influenciar a atividade legiferante, no sentido de que sejam formalmente proibidas aquelas condutas que não se harmonizam com os seus valores, permitindo ou obrigando determinados comportamentos que estejam em conformidade com seus padrões valorativos, de modo a satisfazer suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo.

A título exemplificativo clássico da legislação simbólica confirmando valores sociais tem-se o caso da “lei seca” nos Estados Unidos, conforme Neves (2011, p.34) destaca:

A sua tese central afirma que os defensores da proibição de consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados na sua eficácia instrumental, mas sobretudo em adquirir maior respeito social, constituindo-se respectiva legislação como símbolo de *status*. Nos conflitos entre protestantes/nativos defensores da lei proibitiva e católicos/imigrantes contrários à proibição a “vitória legislativa” teria funcionado simbolicamente a um só tempo como ato de deferência

para os vitoriosos e de degradação para os perdedores, sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais.

Neves (2011, p.34), na mesma seara complementa:

Um outro exemplo, muito significativo para a experiência social europeia mais recente, é a legislação sobre estrangeiros. O debate a respeito de uma legislação mais rigorosa ou mais flexível em relação aos estrangeiros seria predominantemente simbólico: nesse caso, a legislação teria uma força simbólica muito importante, na medida em que influenciaria a visão que os nacionais têm dos imigrantes – como estranhos e invasores, ou como vizinhos, colegas de trabalho, de estudo de associação e, portanto, parte da sociedade. Primariamente a legislação funcionaria como uma “etiqueta” em relação à figura do imigrante estrangeiro.

Portanto, “a legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses” (NEVES, 2011, p.35).

A legislação simbólica demonstra a existência de um caso de política simbólica por gestos de diferenciação que aponta para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade. Haveria também a legislação que implicaria em gestos de coesão quando houvesse a identificação da sociedade nacional.

Além do mais, a distinção entre “gestos de coesão” e “gestos de diferenciação” é relativa. Mesmo quando se fala em “gestos de coesão” como referência a sociedade nacional como um todo, deve-se observar que eles podem funcionar como fortes “gestos de diferenciação” relativamente ao inimigo externo, ao poder colonial, etc. Em contrapartida, atos legislativos considerados como “gestos de diferenciação” – é o caso da “lei seca” nos Estados Unidos, conforme a interpretação de Gusfield – podem servir relevantemente para a coesão dos respectivos grupos, tantos glorificados, quanto dos degradados (NEVES, 2011, p.36).

A legislação simbólica pode também ter como objetivo a fortificação da confiança dos cidadãos no governo ou no Estado. Não se trata mais da confirmação de valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas político e jurídico.

Por várias vezes o legislador agindo sob pressão direta do público, acaba por elaborar diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que haja o mínimo de

condições de efetivação dessas normas. Neves (2011, p.36) destaca que essa atitude pode ser denominada por intermédioda expressão “legislação-álibi”.

Por meio da legislação-álibi o legislador procura livrar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

Os períodos eleitorais exemplificam tal situação. Neste os políticos acabam por prestar contas de seu desempenho fazendo referência a sua iniciativa e participação no processo de elaboração de leis que correspondem às expectativas do eleitorado. Secundariamente importa os efeitos sociais ora desejados pelo povo, já que o período de legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas.

A legislação-álibi evidencia-se principalmente em face da insatisfação popular perante certos acontecimentos ou problemas sociais, quando exige-se do Estado uma reação solucionadora imediata. Neste caso, em regra, é improvável que regulamentações normativas possam contribuir para a solução real dos problemas, sendo que a atitude legiferante serve apenas como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado.

Neves (2011, p.37) exemplifica ao citar o caso de peixes acometidos por nematódeos que estariam sendo comercializados, provocando doenças intestinais nos consumidores. Tal fato gerou problemas econômicos e sociais resultantes da redução do consumo, o que levou o Governo Federal da Alemanha a expedir um Decreto muito detalhado e abrangente, que deveria garantir o não-acesso ao comércio de todo e qualquer peixe acometido, tendo sido recebido com satisfação pela população e demonstrado que o Estado tinha os problemas sob controle. Regularizou-se o comércio de pescados, porém, o riscos e problemas do consumo de peixes contaminados permaneceu fora do controle estatal, já que dependiam antes das medidas dos comerciantes de pescados.

Neves (2011, p.38) ainda ressalta que a escalada da criminalidade no Brasil nas últimas décadas do século XX abriu a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa e que tal discussão apresenta-se como um álibi tendo em vista que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar 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. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à

legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios semânticos.

Em verdade, a resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de fatores que não sejam normativo-jurídicos. Sendo assim, a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas da sociedade, mesmo que as relações sociais não sejam realmente normatizadas por respectivos textos legais. Pode-se então afirmar que a legislação-álibi se trata de forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas.

A legislação-álibi nem sempre obtém êxito, e esta quanto mais empregada, mais probabilidade de fracassar terá, ante ao fato de que ela quando empregada abusivamente leva à descrença no próprio sistema jurídico. Quando a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o direito cai em descrédito, resultando em população enganada e políticos cínicos.

Por fim, a legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

Neves (2011, p.41) afirma que:

Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.

Como fórmula de compromisso dilatório, Neves (2011, p.41) apresenta o caso da lei norueguesa sobre empregados domésticos (1948). A função manifesta desta referida lei teria sido a regulamentação de relações de trabalho, cuja principal função, por sua vez, seria a regulamentação das relações de trabalho, e quanto ao seu fim, à melhora das condições de trabalho dos empregados domésticos e a proteção de seus interesses. Esta lei apresentava suavidade quanto as normas a serem aplicadas às donas de casa nas hipóteses de violação do diploma legal, além de dispositivos punitivos de difícil aplicabilidade, fatores estes que contribuíam para garantir sua ineficácia. Tal fato gerou a possibilidade de haver acordo entre grupos progressistas e conservadores em torno do conteúdo desta lei. Os favoráveis ficaram

satisfeitos porque a lei mostrava posição favorável a reformas sociais. Os contrários a nova ordem legal contentaram-se com a falta de perspectiva de sua efetivação e impraticabilidade.

O exemplo supra mencionado demonstra a legislação simbólica abrandando conflito político interno por meio de uma lei aparentemente progressista, que satisfazia ambos partidos, transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente.

Neves (2011, p.50) frisa que “do ponto de vista psicanalítico, sustenta-se que a legislação pode constituir um processo de estabilização do ego, mesclando-se aí variáveis instrumentais e simbólicas”.

Questionando-se, Neves (2011, p.50) diz “qual o grau de ineficácia normativo então necessário, para que se atribuam uma lei efeitos hipertroficamente simbólicos (legislação simbólica)?”. O autor objeta que a resposta está “no problema da falta de vigência social da norma”. Partindo da idéia de que a função primária do direito não está na realização de determinados comportamentos, mas sim no fortalecimento de determinadas expectativas, pode-se afirmar que a legislação simbólica só tem lugar quando a vigência social da norma legal é prejudicada. Nessa hipótese, o texto legal não é apenas incapaz de dirigir normativamente a conduta, caracterizando-se principalmente por não servir para orientar ou assegurar as expectativas normativas, faltando-lhe, portanto, normatividade.

A legislação simbólica não se delimita tão somente a efeitos negativos, os quais se traduzem na falta de eficácia normativa e vigência social. Ela também se define num sentido positivo ao produzir efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não jurídica.

No tocante a legislação que se destina a confirmar valores sociais, pode-se distinguir três efeitos socialmente relevantes. Primeiramente se encontram os atos que servem para convencer pessoas da consistência do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-as e tranqüilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no direito por ele garantidos. Em segundo lugar, a firmação pública de uma norma moral pelo legislador conduz as principais instituições da sociedade a servirem-lhe de sustentação, mesmo que faltem ao respectivo texto legal a força normativo-jurídica e a eficácia que seriam específicas. Por sua vez, a legislação-álibi é um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos, descarregando o sistema político de pressões sociais concretas, constituindo respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública. Frisa-se por fim, que o efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver os problemas sociais subjacentes, finaliza Neves (2011, p.54).

2.2 Considerações gerais referentes à Constitucionalização Simbólica

No entendimento de Neves (2011, p.99-101), a constitucionalização simbólica se diferencia da legislação simbólica já que a primeira possui maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Na legislação simbólica o problema está concentrado nas relações jurídicas de domínios específicos, não estando o sistema jurídico envolvido como um todo. Já na constitucionalização simbólica o sistema jurídico é atingido em seu núcleo de forma a comprometer toda sua estrutura operacional. Tal acontecimento deve-se ao fato de que a constituição é reflexo fundamental do sistema jurídico, apresentando-se também como metalinguagem normativa em relação a todas as normas infraconstitucionais e representando o processo mais abrangente de normatização no interior do direito positivo. Frisa-se que caso não seja construída normatividade constitucional suficiente durante o processo de concretização, de tal maneira que ao texto constitucional não corresponda estrutura normativa como conexão entre programa e âmbito normativos, a legislação ordinária como linguagem-objeto resta prejudicada em sua normatividade. O próprio processo de reprodução operacional-normativa do direito é generalizadamente bloqueado nos casos de constitucionalização simbólica.

O problema da constitucionalização simbólica não pode ser confundido com a ineficácia de alguns dispositivos específicos do diploma constitucional, ainda que a ausência de concretização normativa esteja relacionada com a função simbólica.

É sempre possível que existam disposições constitucionais com mero efeito simbólico sem que daí decorra o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas mestras.

Fala-se de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e texto constitucionais afeta os alicerces 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 sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, o qual implica a generalização do código “lícito/ilícito”, ou seja, a inclusão de toda população no sistema jurídico, caracterizar-se-á de forma mais clara a constitucionalização simbólica (NEVES, 2011, p.100)

Neves (2011, p.100-101), com brilhantismo ainda conclui que:

Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do direito que de correria do princípio da igualdade¹, proclamado simbólico-ideologicamente na Constituição a “realidade constitucional” é então particularista, inclusive no que concerne à prática dos órgãos estatais. Ao texto constitucional simbolicamente excludente 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, à medida que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica e 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.

É importante ainda fazer uma advertência no que diz respeito à distinção entre simbólico e “ideológico”. Com toda certeza o simbólico da legislação tem uma papel importante na tomada da consciência e, portanto, efeitos “emancipatórios”. Grande relevância possui as declarações legais dos direitos do homem no Estado democrático de direito, cuja função simbólica teria contribuído para a conquista e ampliação desses direitos. Já no caso da constitucionalização simbólica (constitucionalização-álibi) ocorre antes um cruzamento entre simbólico e ideológico do que um processo crítico de desenvolvimento da consciência jurídica, na medida em que se imuniza o sistema político contra outras possibilidades e transfere-se a solução dos problemas para um futuro remoto.

2.3 Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito

Segundo Neves (2011, p.64) é possível fazer uma leitura da Constituição em sentido moderno como sendo fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política como subsistemas da sociedade. Neste aspecto, a constitucionalização se mostra como o processo por meio do qual essa diferenciação é realizada.

¹ O princípio da igualdade não significa que todo o mundo deve ter os mesmos direitos, mas que a ordem jurídica de uma sociedade diferenciada deve ser generalizada de acordo com determinadas exigências estruturais.

Nas linhas desse modelo, Luhmann acaba por definir a Constituição como “acoplamento estrutural” entre política e direito.

Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificadamente moderno apresenta-se como uma via de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico (NEVES, 2011, p.66).

Não está se aduzindo sobre um relacionamento qualquer entre o direito e o poder, o que implicaria um conceito histórico-universal de Constituição.

Nas sociedades pré-modernas e também nos Estados autocráticos e contemporâneos, a relação entre poder e direito é hierárquica, caracterizando-se pela subordinação do jurídico ao político. Em linguagem da teoria dos sistemas, isso significa uma subordinação explícita do código-diferença “lícito/ilícito” ao código-diferença “poder/não poder”; o código binário de preferência do direito não atua como segundo código do sistema político (NEVES, 2011, p.66).

Pela Constituição como acoplamento estrutural, as intervenções e influências da política no direito não mediatizadas por mecanismos propriamente jurídicos são excluídas e vice-versa. A autonomia operacional desses sistemas é condição e resultado desse acoplamento estrutural.

Neves (2011, p.66-67) finaliza ao dizer que:

Assim sendo, a Constituição serve à interpenetração e interferência de dois sistemas auto-referenciais, o que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, só se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas.

2.4 Constituição como “subsistema” do sistema jurídico

Neves (2011, p.67) continuando seu raciocínio diz que “não só como acoplamento estrutural entre política e direito pode ser conceituada a Constituição em uma perspectiva da

teoria dos sistemas”. Também é possível entendê-la, sob o ponto de vista político-sociológico, como um instituto específico do próprio sistema político. No entanto, cumprindo com a finalidade deste trabalho, qual seja a análise do significado da constitucionalização simbólica, se apresenta oportunamente o conceito de Constituição com subsistema do sistema jurídico.

Nessa perspectiva, a norma constitucional, como um caso particular de norma jurídica, representa um tipo de expectativa de comportamento contrafacticamente estabilizada, não é compreendida como dever-ser ideal. Isso não implica forçosamente o conceito de Constituição como ordem fundamental da coletividade, o qual pressupõe que também em nossa sociedade estruturas constituintes possam tomar a forma de expectativas normativas de comportamento. Porém, se a Constituição sob um ponto de vista jurídico-sociológico pode ser conceituada como subsistema do direito, então não se exclui uma leitura das normas constitucionais como expectativas de comportamento congruentemente generalizadas, contrafacticamente estabilizadas (NEVES, 2011, p.68).

Neves (2011, p.68) conclui:

Nesse sentido, a vigência das normas constitucionais não decorre simplesmente do procedimento constituinte e da reforma constitucional como processos de filtragem especificadamente orientados para tal fim, mas também na concretização constitucional como pluralidade de processos de filtragem. Por conseguinte, não se define a Constituição apenas sob o aspecto estrutural (expectativas, normas), mas simultaneamente sob o ponto de vista operativo: ela inclui as comunicações que, de um lado, fundamentam-se nas expectativas constitucionais vigentes e, de outro, servem de base a elas.

2.5 Texto Constitucional e realidade Constitucional

Rodrigues ² ao escrever seu artigo³ partindo do estudo da obra de Marcelo Neves e utilizando-a como parâmetro para seu trabalho, diz que para se adentrar de fato no tema da constitucionalização simbólica, faz-se necessário caracterizar a relação entre texto

²Athanis Molas Rodrigues, graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), na faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca. Aluno especial no programa de pós-graduação em História pela mesma instituição. Membro do NEDA.

³ Artigo cujo acesso está disponibilizado em:

<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/viewFile/293/349>

constitucional e realidade constitucional como forma de concretização normativa. Segundo ele, Neves⁴ selecionou os modelos de Friedrich Müller e de Peter Häberle para esta orientação.

Rodrigues⁵ assinala que para Müller a norma jurídica é composta pelo programa normativo (dados lingüísticos) e pelo âmbito normativo (fatores reais condicionantes). A ligação desses componentes acaba por gerar a estrutura da norma. Não basta apenas ocorrer a interpretação aplicadora do programa normativo para que haja a concretização da norma, que de fato só existirá quando ligarem-se o âmbito normativo com o conjunto de fatores reais que são relevantes à essa concretização. A concretização da norma, segundo Müller, dependerá da norma jurídica possuir propriedades hábeis para influenciar a realidade que está relacionada, e também dependerá da possibilidade de ser influenciada por esta dimensão concreta.

De acordo com a concepção de Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados lingüísticos) e do âmbito normativo (dados reais). A estrutura da norma resulta da conexão desses dois componentes da norma jurídica. Portanto a *concretização* da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à “interpretação aplicadora” do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo como o conjunto de dados reais normativamente relevantes para a concretização individual. Nesse sentido, Müller define a normatividade em duas dimensões: “Normatividade” significa a propriedade dinâmica da norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (*normatividade materialmente determinada*) (NEVES, 2011, p. 84).

Por sua vez, Rodrigues⁶ salienta em seu artigo que para Häberle não deve haver a superestimação do texto constitucional, já que a constituição está submetida a vários interesses e funções, fato este que gera uma variedade de interpretações a que a mesma pode ser submetida. Só haveria concretização normativa do texto constitucional quando o público pluralisticamente organizado fosse incluído no processo interpretativo. Assim, os componentes da sociedade são legítimos intérpretes da constituição de modo que os mesmos estão incluídos no processo de concretização normativa do texto constitucional.

Através do ensaio “A sociedade aberta do Intérpretes da Constituição”, Häberle, além de indagar os fins e métodos da interpretação constitucional, levanta sobretudo a “questão dos

⁴ (2011, p. 84-90)

⁵ Pag. 150, <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/viewFile/293/349>

⁶ Pag. 150, <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/viewFile/293/349>

participantes”, para propor a tese: “Nos processos de interpretação da *Constituição*, estão potencialmente envolvidos *todos* os órgãos estatais, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e grupos”. Conforme esse modelo, o direito constitucional “material” surge de uma multiplicidade de interesses e funções, implicando a diversidade prática de interpretações da *Constituição*. Dessa maneira, não se superestima a significação do texto constitucional, como na doutrina tradicional da interpretação. No primeiro plano do processo interpretativo encontra-se a esfera pública pluralística. De acordo com essa abordagem, pode-se afirmar: 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 (NEVES, 2011, p.85-86).

2.6 Constitucionalização simbólica em sentido negativo e positivo

Feitas as considerações sobre a relação entre texto constitucional e realidade constitucional por intermédio das duas teorias supra destacadas, chega-se aos sentidos positivo e negativo ora caracterizadores da constitucionalização simbólica.

Seguindo ainda os estudos de Rodrigues⁷, este diz que quanto ao sentido negativo da constitucionalização simbólica, tem-se que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada. Atenta-se que, segundo Häberle não só os participantes diretos do procedimento de interpretação e aplicação constitucionais, tais como os agentes públicos dos três poderes, mas também o público em geral, são responsáveis por esta insuficiência, já que estes últimos são legítimos interpretes da constituição.

Frisa-se que não se trata apenas de uma ineficácia constitucional ocasionada pela discrepância e desconexão entre o comportamento dos agentes públicos e privados e as disposições do texto constitucional. A constitucionalização simbólica ocorre primordialmente no plano da vigência social das normas jurídico-constitucionais. Ocorre, de forma vasta, uma ausência de orientação das expectativas normativas conforme as determinações constitucionais. Vulgarizou-se o texto constitucional já que o mesmo não funciona como um eixo normatizador básico de condutas, não servindo para gerar a convergência homogeneizada das expectativas normativas.

Falta normatividade ao texto constitucional. Por sua vez também não há integração entre programa normativo e âmbito normativo (metódica de Müller), significando que a

⁷ Pag. 151, <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/viewFile/293/349>

engenharia jurídica, ora composta pelos procedimentos, argumentos e institutos contidos no texto legal não possuem relevância funcional relativamente aos fatores reais do ambiente.

No caso da constitucionalização simbólica, as influências geradas pelos sistemas político, econômico, etc. bloqueiam a concretização dos critérios e dos programas jurídico-constitucionais.

Neves (2011, p.92) aduz que:

Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, de maneira generalizada, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada.

Destaca também Rodrigues⁸ que há sentido positivo na constitucionalização simbólica. A atividade constituinte, a linguagem constitucional, bem como o processo de concretização normativa da Carta Política, possuem um sentido positivo, na medida em que desempenham importante papel político-ideológico. Mesmo que a constituição, no processo de constitucionalização simbólica, não seja capaz de regular as condutas e orientar as expectativas normativas, conforme as determinações jurídico-constitucionais; ela responde a exigências, interesses e objetivos políticos concretos de maneira quase imediata. Nesse sentido ela desempenha uma função ideológica. No caso da constitucionalização simbólica, transmite-se um modelo cuja realização demandaria condições sociais completamente diversas das efetivamente existentes. Essa representação ilusória visa antes imunizar o sistema político contra alternativas transformadoras mais drásticas do que realmente trazer uma solução jurídico-normativa ao problema social. Este procedimento denomina-se “constitucionalismo aparente”.

O “Constitucionalismo aparente” implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional. Ao discurso do poder pertencem, então, 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, e o recurso retórico a essas

⁸ Pag. 152, <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/viewFile/293/349>

instituições como conquista do Estado ou do governo e provas da existência da democracia no país (NEVES, 2011, p.98-99).

Rodrigues⁹ finaliza aduzindo que:

Pode ocorrer, todavia, uma virada inesperada no jogo político da constitucionalização simbólica. A deturpação pragmática da linguagem constitucional, ao diminuir as tensões e clivagens sociais e imunizar o sistema político contra alternativas radicais, pode, por outro lado, conduzir à desconfiança pública no sistema político e nos agentes públicos incumbidos da sua manutenção. A tomada de consciência do antagonismo que macula a relação entre ação política e discurso constitucionalista pode gerar a revolta dos componentes da sociedade, sendo que a função ideológica exercida pelo diploma pode voltar-se contra seus corruptores.

⁹ Pag. 153, <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/viewFile/293/349>

CAPÍTULO 3 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A SOCIEDADE PERIFÉRICA

3.1 A Constitucionalização simbólica como problema da modernidade periférica

De acordo com Neves (2011, p. 170), o advento das sociedades modernas está ligado a uma grande desigualdade econômica do desenvolvimento inter-regional, fato este que gerou conseqüências significativas na reprodução de todos os sistemas sociais, principalmente no político e no jurídico estatalmente organizados.

Não cabe desconhecer, pois, que a sociedade mundial de hoje é multifacetada e possibilita a aplicação do esquema “centro e periferia” em vários níveis. Parece-me, porém, que a distinção entre a modernidade central e periférica é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente válida para todas as esferas da sociedade como características da modernidade, verifica-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira nenhuma a efetivação adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais) (NEVES, 2011, p.171).

A bifurcação que ocorreu no desenvolvimento da sociedade moderna ocasionou para os países periféricos em uma crescente e veloz complexificação social, sem que daí nascessem sistemas sociais capazes de estruturar ou determinar adequadamente a emergente complexidade. Os sistemas sociais não se desenvolvem, pois, com suficiente autonomia operacional.

Neves (2011, p. 172) complementa que:

Com isso, relaciona-se o problema da “heterogeneidade estrutural”, cuja discussão remonta às teorias da dependência e do capitalismo periférico dos anos sessenta e setenta. Em uma releitura, pode-se afirmar aqui que a questão das grandes disparidades no interior de todos os sistemas sociais e também entre eles, a que se referia o conceito controvérsico de “heterogeneidade estrutural”, implica um

difuso sobrepor-se e intricar-se de códigos e critérios/programas tanto entre os subsistemas sociais quanto no interior deles, enfraquecendo ou impossibilitando o seu funcionamento de maneira generalizante includente.

Então Neves (2011, p. 172) aduz que daí surge o problema da marginalidade ou exclusão, que seria um problema de “subintegração” nos sistemas funcionais da sociedade. Portanto, emergem relações de “subintegração” e “sobreintegração” nos diversos subsistemas sociais, bloqueando-lhes a reprodução autopoietica. Tem-se que a subintegração significaria a dependência dos critérios do sistema (político, jurídico, econômico etc.) sem acesso a suas prestações. Já a sobreintegração implicaria no ingresso aos benefícios do sistema sem dependência de suas regras e critérios.

Embora a distinção típico-ideal entre “centro” e “periferia” da sociedade moderna tenha fundamentos econômicos, ela pressupõe a segmentação territorial do sistema político-jurídico em Estados. Quanto à modernidade periférica, o problema estrutural desde o seu surgimento vincula-se à falta de suficiente autonomia operacional dos sistemas jurídico e político, bloqueados *externamente* por injunções diretas (isto é não mediatizadas por suas próprias operações) de critérios dos demais sistemas sociais, principalmente do econômico (NEVES, 2011, p.173).

É frisado por Neves (2011, p. 173) que na linguagem da teoria dos sistemas, os mecanismos de filtragem seletiva do direito positivo (princípios da legalidade, da constitucionalidade etc.) e do sistema político (eleições livres, secretas e universais, organização partidária etc.) não funcionam de forma correta em relação às pressões bloqueantes do código binário de preferência “ter/não-ter”, como também do código do amor, da religião, da amizade etc. Internamente também não há um funcionamento bem sucedido da Constituição como “acoplamento estrutural” entre direito e política, ou seja, como mecanismo de interpenetração e interferência entre dois sistemas autônomos. Sendo assim, o direito e a política constituem sistemas alopoieticamente determinados, na medida em que não se reproduzem operacionalmente por diferenças, critérios e elementos de outros sistemas sociais.

Neves (2011, p.174) ainda demonstra ser importante pontuar que:

Mesmo se admitindo que os critérios de filtragem destinados a garantir a autonomia do direito e do sistema político, como, p. ex., o princípio da igualdade perante a lei e o das eleições democráticas,

constituem ilusões ideológicas na modernidade central, concordando-se com Claus Offe que se trata de mecanismos de encobrimento de relações concretas de dominação, deve-se reconhecer que, na modernidade periférica, nem mesmo nesse sentido eles funcionam adequadamente: entre outras, as injunções particularistas da dominação econômica realizam-se de forma desnuda, destruindo abertamente e com tendências generalizantes a legalidade no plano jurídico e os procedimentos democráticos na esfera política. Também entre política e direito, a aplicação controladora e limitante do código “lícito/ilícito” como segundo código do sistema político, característica do “Estado de direito”, não se realiza de forma satisfatória, sendo claramente constatada a ingerência ilícita sistemática do poder *sobre* o direito ou mesmo, nos períodos autoritários, a subordinação dos critérios de licitude/ilicitude aos órgãos supremos de poder, baseada nas chamadas “leis de exceção”, casuisticamente postas em vigor e revogadas.

O Estado periférico se caracteriza como sendo um pêndulo entre instrumentalismo e nominalismo constitucional, porém, interessa principalmente a função predominantemente simbólica das Constituições nominalistas. Sabe-se que as Constituições instrumentalistas também executam funções simbólicas, no entanto, o que as distingue é que agem como mero instrumento jurídico dos “donos do poder”. Já as Constituições nominalistas dos Estados periféricos levam a ausência de concretização normativo-jurídica do texto constitucional em conexão com a importância simbólica dele no discurso constitucionalista do poder (constitucionalização simbólica). Nas relações de subintegração e sobreintegração político-jurídica, a Constituição não se desenvolve como horizonte normativo-jurídico do sistema político. Neves (2011, p.175) verificou que “na prática jurídica do sobrecidadão, as disposições constitucionais são utilizadas, abusadas ou rejeitadas conforme a constelação concreta de interesses políticos.” Já no agir e vivenciar do subcidadão a Constituição mostra-se antes como um complexo de restrições oficiais corporificadas nos órgãos e agentes estatais, não como estrutura constitutiva de direitos fundamentais. Esta falta de concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional está ligada a um discurso fortemente constitucionalista na práxis política. Pelos agentes governamentais, unidos normalmente à sobrecidadania, o discurso político aponta para o reconhecimento do governo ou do Estado com os “valores” consagrados no documento constitucional. É manifesto que tais valores não encontram o menor respaldo na realidade constitucional desjuridificante do presente, os agentes de poder desenvolvem a retórica se sua realização em um futuro remoto. A constitucionalização atua como álibi: o Estado mostra-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por “culpa” do subdesenvolvimento da

sociedade. Já na oratória dos grupos interessados em mudanças verdadeiras 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. A essa retórica constitucionalista fica subentendido por várias vezes uma concepção voluntarista e instrumentalista do direito.

Finalizando o tema em tela, Neves (2011, p.176) salienta:

É evidente que nas condições de constitucionalização simbólica do Estado periférico, caracterizado por relações de “subintegração” e “sobreintegração” não só no sistema político-jurídico, mas também nos sistemas econômico, educacional, de saúde, etc., tornaram-se inadequados – com muito mais razão do que em relação à legislação simbólica no Estado de bem-estar do Ocidente desenvolvido – o tratamento e a solução do problema da ineficácia da legislação constitucional com base no esquema instrumental “meio-fim” das “pesquisas de implementação”. Em primeiro lugar porque a constitucionalização simbólica afeta abrangentemente as dimensões social, temporal e material do sistema jurídico, não apenas aspectos setoriais. Mas sobretudo porque a concretização normativa do texto constitucional pressuporia uma radical revolução nas relações de poder.

3.2A experiência brasileira como forma exemplificativa

Neves (2011, p.177) após estabelecer que a constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema típico do Estado periférico, seleciona o caso brasileiro como referência exemplificativa, sendo que para este “interessa considerar, em traços gerais, como apoio empírico da argumentação precedente, a função hipertroficamente simbólica das “Constituições nominalistas” brasileiras de 1824, 1934, 1946 e 1988.”

Ainda que tolerasse a escravidão, estabelecesse um sistema eleitoral censitário amplamente excludente e adotasse a figura do Poder Moderador, resquício absolutista, a “Carta” imperial de 1824 possuía linhas liberais, expressas principalmente na declaração de direitos individuais contida em seu artigo 179. Porém, os direitos civis e políticos alcançaram um nível muito limitado de efetivação. Os procedimentos constitucionais se submeteram a uma grande deturpação no processo de materialização. A título exemplificativo, basta observar a generalização da fraude eleitoral que estava intimamente ligada a prática

pseudoparlamentarista desenvolvida durante o 2º. Reinado, da qual resultava uma inversão no processo de formação da vontade estatal. Nessa conjuntura, a noção de constitucionalidade não encontrava lugar na práxis dos próprios agentes estatais. Não somente por meio da atividade legislativa ordinária incompatível com os dispositivos constitucionais possuidores de supremacia formal nos termos do artigo 178, mas principalmente na prática informal dos ocasionais governantes, não se concebia a Constituição como horizonte jurídico da ação político-administrativa.

Por tal motivo nunca se desenvolveu o controle de constitucionalidade de leis, que, de acordo com o texto constitucional, poderia ter sido exercido pelo Poder Moderador; e, quando dele se tem notícia, trata-se de “controle inconstitucional da constitucionalidade” de atos legislativos locais através de simples avisos ministeriais (NEVES, 2011, p.179).

Neves (2011, p.179) acrescenta a este contexto que “a falta de concretização normativa do texto constitucional não implicava sua falta de relevância simbólica na realidade do jogo de poder imperial.”

Continuando, Neves (2011, p.179-180) ressaltou que:

Na perspectiva mais abrangente da teoria dos sistemas, se configurava a subordinação imediata do sistema jurídico ao código do poder, mediante a utilização “simbólico-legitimadora” do texto constitucional pelo sistema político, tudo isso por falta dos pressupostos sociais para a positivação (como autonomia operacional) do direito. Tal situação não implicava, de modo algum, a irrelevância da Carta constitucional como um “painel decorativo”, uma vez que o “mundo falso” da “Constituição” atuava muito eficientemente no “mundo verdadeiro” das relações de poder. Não só na retórica constitucionalista dos governantes, mas também no discurso oposicionista de defesa dos valores constitucionais ofendidos da práxis governamental, a Carta imperial desempenhou uma importante função político-simbólica. A ineficácia jurídica do texto constitucional era compensada pela sua eficiência política como mecanismo simbólico de “legitimação”.

A afirmação de valores social-democráticos em uma sociedade caracterizada por relações de subintegração e sobreintegração é a nova variável simbólica que nasce com o modelo constitucional de 1934. Diante das tendências autoritárias que se revelavam durante o período em que a nova Constituição esteve formalmente em vigor, que implicaram no golpe de 1937, não se desenvolveu amplamente uma experiência de constitucionalização simbólica.

A constitucionalização simbólica de base social-democrática é retomada com o texto constitucional de 1946, que se equiparava com os modelos da Europa Ocidental, porém, só funcionava como símbolo político enquanto não emergiam tendências sociais para sua concretização normativa generalizada.

Novamente, a constitucionalização simbólica de orientação social democrática retorna e se fortalece com o texto constitucional de 1988.

Sobre este contexto Neves (2011, p.183) explica:

Com o esgotamento do longo período de “constitucionalismo instrumental” autoritário iniciado em 1964, a identificação simbólica com os valores do constitucionalismo democrático deixou de ser relevante politicamente apenas para os críticos do antigo regime, passando a ser significativa também para os grupos que lhe deram sustentação. À crença pré-constituente na restauração ou recuperação da legitimidade estava subjacente em certo grau de “idealismo constitucional”. O contexto social da Constituição a ser promulgada já apontava para limites intransponíveis à sua concretização generalizada. Nada impedia, porém, uma retórica constitucionalista por parte de todas as tendências políticas; ao contrário, parece que, quanto mais as relações reais de poder afastavam-se do modelo constitucional democrático, tanto mais radical era o discurso constitucionalista.

O grande problema aparece no plano da concretização constitucional. O exercício político e o contexto social geram uma concretização limitada e excludente dos dispositivos constitucionais. Não se trata apenas da ação da população e dos agentes estatais (eficácia), mas também à vivência dos institutos constitucionais básicos. Pode-se assegurar que para a massa dos subintegrados trata-se especialmente da falta de identificação de sentido das determinações constitucionais. Neves (2011, p.184) diz que “entre os agentes estatais e os setores “sobreintegrados”, o problema é basicamente de institucionalização (consenso suposto) dos respectivos valores normativos constitucionais”. Nessas circunstâncias não se constrói nem se desenvolve a cidadania, antes se criam relações concretas de subcidadania e sobrecidadania em relação ao texto constitucional.

O empecilho constante e generalizado do código “lícito/ilícito” pelos códigos “ter/não-ter” (economia) e “poder/não-poder” (política) leva a prática jurídico-política estatal e extra-estatal assinalada pela ilegalidade. No tocante à constitucionalidade, as dificuldades não dizem respeito somente apenas à incompatibilidade de certos atos normativos dos órgãos superiores do Estado com dispositivos constitucionais, como p.ex., no caso do uso abusivo

das medidas provisórias pelo Chefe do Executivo; o problema não se limita à “constitucionalidade do direito”, mas habita antes na “juridicidade da Constituição”, ou seja, na pouca normatividade jurídica do texto constitucional. A carência de legalidade e constitucionalidade é condicionada e condiciona, por fim, a reflexão jurídico-conceitualmente imprópria do sistema constitucional, perante a “realidade constitucional desjuridificante”, é impossível desenvolver uma dogmática jurídico-constitucional própria para definir com eficiência as “condições do juridicamente possível” e, pois, operar satisfatoriamente como “controle de consistência” da prática decisória constitucional. Por todo exposto, o texto constitucional não se concretiza como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e, portanto, não funciona como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado.

Mais adiante Neves (2011, p.186) destaca que “a falta de concretização normativo-jurídico do texto constitucional está associada a sua função simbólica.”

A identificação retórica do Estado e do governo como modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Diante da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como alibi: se transfere a “culpa” para a sociedade “desorganizada” e “atrasada”, “descarregando-se” de “responsabilidade”. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto.

Na circunstância da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute “ideologicamente”, quando se assegura que a Constituição de 1988 é “a mais programática” entre todas as que tivemos e se confere sua legitimidade à promessa e esperança de sua concretização no futuro. Confunde-se, deste modo, a categoria dogmática das normas programáticas, praticáveis no interior do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional.

Mas a função hipertroficamente simbólica do texto constitucional não se refere apenas à retórica “legitimadora” dos governantes (em sentido amplo). 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 (NEVES, 2011, p.186).

Enfatiza Neves (2011, p.187-187) que “nesse contexto, as propostas permanentes e repetidas de reformas constitucionais abrangentes desempenham antes uma função simbólica”.

A culpa pelos sérios problemas sociais e políticos é, então, imputada à Constituição, como se eles pudessem ser solucionados por intermédio das respectivas emendas ou revisões constitucionais. Deste modo, não só se desconhece que leis constitucionais não podem solucionar prontamente os problemas da sociedade, mas também se encobre o fato de que os problemas jurídicos e políticos que sempre se encontram na ordem do dia estão ligados à deficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional existente, ou seja, acham-se antes na ausência de condições sociais para a efetivação de uma Constituição inseparavelmente ligada à democracia e ao Estado de direito do que nos próprios dispositivos constitucionais. No campo da retórica do reformismo constitucional, os programas de governo ficam restringidos a programas de reforma da Constituição; estes são comumente realizados (quer dizer, as emendas constitucionais são aprovadas e promulgadas), no entanto as respectivas estruturas sociais em relações de poder permanecem intocáveis. Frequentemente, o discurso do poder invoca a “desconstitucionalização” como remédio para todos os males ou vara de condão, ou seja, como recurso mágico para quaisquer problemas constitucionais. Recorre-se aqui, não criticamente, ao robusto debate sobre juridificação no Estado democrático de direito do Ocidente desenvolvido. Deste modo, não só se despercebe que efetivação da Constituição sintética de 1891 ainda foi mais problemática, mas, sobretudo também não se considera que o problema no Brasil está antes na realidade política desjuridificante e na realidade jurídica desconstitucionalizante. Sua solução não pode ser entregue a uma pretensa desconstitucionalização ou desjuridificação no plano do texto constitucional, necessitando ser relacionada por primeiro à constitucionalização da realidade jurídica e à juridificação das relações políticas.

Neves (2011, p.187-188), neste cenário, ressalta que:

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. À medida que se ampliam extremamente a falta de concretização normativa do diploma constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiança do Estado. A autoridade pública cai em descrédito.

A inconsistência da “ordem constitucional” destrói pouco a pouco o próprio discurso constitucionalista dos críticos do sistema de dominação. Descoberta a farsa constitucionalista, continuam o descaramento das elites e a indiferença do público. Esta circunstância pode ocasionar à estagnação política. É possível que, como reação, recorra-se ao “realismo constitucional” ou “idealismo objetivo”, em oposição ao “idealismo utópico” existente.

Entretanto, 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.

Especialmente por tal motivo não se deve interpretar a constitucionalização simbólica como um jogo de soma zero na luta política pelo aumento ou limitação da cidadania, igualando-a ao “instrumentalismo constitucional” das experiências autocráticas. Enquanto não estão presentes “regras do silêncio” democráticas nem ditatoriais, o contexto da constitucionalização simbólica oferece o nascimento de novos movimentos e organizações sociais relacionados criticamente na concretização de valores divulgados solenemente no texto constitucional e, deste modo, associados na luta política pela ampliação da cidadania. Portanto, é cabível a edificação de uma esfera pública pluralista que, apesar de sua limitação seja capaz de articular-se com sucesso em torno dos procedimentos democráticos elencados no texto constitucional. Não se pode eliminar a possibilidade de que a efetivação dos valores democráticos expressos no documento constitucional pressuponha um momento de quebra com a ordem de poder constituída, com conseqüências politicamente contrárias à diferenciação e à identidade /autonomia do direito.

Neves (2011, p.189) finaliza assegurando que:

Isso se torna tanto mais provável à proporção que os procedimentos previstos no texto constitucional sejam deformados no decorrer do processo de concretização e não se operacionalizem como mecanismos estatais de legitimação.

CONCLUSÃO

O significado do termo simbólico no contexto da expressão legislação simbólica e constitucionalização simbólica possui uma delimitação semântica diferenciada, sendo que, nesta conjuntura, implica em um deslocamento de sentido para outra esfera de significação.

O termo supra aludido é dotado de um sentido manifesto e de um sentido latente. O sentido manifesto é irrelevante e frágil diante de seu significado latente, qual seja, aquele que não se revela, permanecendo oculto, disfarçado, subentendido.

Praticamente a totalidade das normas jurídicas, principalmente as constitucionais, tem uma forte carga simbólica. O efeito simbólico advém do fato de que os textos normativos, em partes, possuem uma função latente de natureza político-simbólica mais forte socialmente do que a sua função manifesta de natureza normativo-jurídica ora reguladora das relações sociais. O elucidado efeito simbólico é peculiar legislação e constitucionalização simbólica.

A legislação simbólica assim poderá ser caracterizada quando houver a existir hipertrofia da função político-simbólica em detrimento da força normativo-jurídica do diploma ou dispositivo legal, ou seja, a dimensão político-simbólica prevalece sobre a função normativo-jurídica que passa a ser, de certa maneira e em certo grau, irrelevante. A tipologia própria da legislação simbólica explica essa caracterização ao expor a combinação feita entre o alto grau de ineficácia jurídica e a função político-simbólica latente. Oportunamente frisar-se não se tratar de uma mera ineficácia normativa, mas sim de uma ineficácia vinculada a uma força simbólica relevante. A legislação simbólica pode ser ilustrada quando se pensa na aprovação de uma lei cujo texto não gerou nenhum significado prático na realidade social, mas exerceu função simbólica ao servir o sistema político latentemente.

Existe uma evidente diferenciação entre legislação e constitucionalização simbólica. A legislação simbólica é específica, atingindo tão somente um determinado aspecto do sistema jurídico. Já a constitucionalização simbólica é abrangente, circundando os diversos âmbitos de validade do direito e gerando efeitos sobre todo sistema jurídico, inclusive sobre sua autonomia.

Possuindo a constituição uma forte carga simbólica em detrimento de sua concretização normativo-jurídica é evidente que o sistema jurídico como um todo é atingido, sendo também sua capacidade de auto-reprodução e de reprodução normativa prejudicada. Assim, o que caracteriza a constitucionalização simbólica é a hipertrofia da função político-

simbólica em detrimento da força normativo-jurídica somada à maior abrangência nos diversos âmbitos de vigência do direito, sendo que esta soma a diferencia da legislação simbólica.

Dentre os tipos de constitucionalização simbólica, a principal é a constitucionalização álibi, já que ela responde as exigências de uma sociedade quando esta deseja a incorporação das grandes conquistas do constitucionalismo no texto constitucional. Esta incorporação acontece, entretanto, não existe uma análise clara se as estruturas sociais comportarão a concretização real normativa do texto. São então construídos textos normativos que na dimensão de Estado de direito, de direitos fundamentais e de procedimentos democráticos são muito pretensiosos, entretanto não condizem com a realidade constitucional. Normalmente a estrutura e a organização do Estado estão presentes, como ocorre no Brasil, mas, o grande problema reside na universalização de direitos fundamentais, nas relações entre os poderes, no princípio da legalidade dentro da administração pública, no processo eleitoral e sua licitude, sendo que nesses casos o texto constitucional é deturpado no processo concretizador. Ocorre uma concretização jurídica desconstitucionalizante. A concretização jurídica desconstitucionalizante existe quando se perdem os contornos do texto constitucional.

A incapacidade de concretização constitucional gera problemas graves ao Estado, os quais estão envolvidos com a constitucionalização simbólica em geral. O principal problema é a corrupção sistêmica presente principalmente nos países da América latina. Em diversos campos de atuação do Estado prevalecem práticas que descaracterizam modelo de constitucionalismo indicador do Estado de direito, de procedimentos democráticos e de direitos fundamentais. Esta descaracterização acontece devido à imposição de outros códigos binários como o poder/não poder (política) sobre o lícito/ilícito (direito), o ter/não ter (economia) sobre lícito/ilícito (direito). Conseqüentemente, essas imposições bloqueiam e deturpam a reprodução consistente do direito além de obstruir a legalidade e constitucionalidade.

A constituição e o constitucionalismo embasam o agir jurídico e também político. A transformação permanentemente de textos constitucionais por governos ocasionam dificuldades de compreensão quanto ao sentido e modelo constitucional do país. Deste modo, a reforma do Estado não poderia implicar ou mesmo significar reformismos ou emendismos constitucionais. A atribuição das problemáticas sociais ao texto constitucional vigente tornou-se um álibi para os governantes. Este álibi alicerça a crença de que a aludida problemática será resolvida por intermédio de novos textos constitucionais elaborados pelos próximos governos e assim sucessivamente. As transformações feitas na constituição por muitas vezes

mostram apenas uma caráter simbólico. São produzidos textos que em nada acrescentam aos sistemas sociais que já eram respaldados por leis ou mesmo pela própria constituição.

O simbolismo determina que as intenções políticas do Estado (significado latente) são muito mais relevantes do que a verdadeira força normativa que a constituição deveria ter. O reformismo constitucional, portanto, origina processos de re-constitucionalização simbólica. A verdadeira reforma do Estado ocorre quando são criadas condições que sustentem a concretização normativa da constituição. Portanto, os problemas que estão implicados na constitucionalização simbólica só poderão ser solucionados por intermédio da concretização constitucional. A concretização constitucional é o caminho para se interromper a cultura dominante da ilegalidade e permitir a realização dos direitos fundamentais aptos a promover a inclusão social.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jaime de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 7ª ed. São Paulo: Ícone, 1997.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 1ª ed. Porto Alegre: Globo, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História. Lições Introdutórias**. 2ª ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARQUES JÚNIOR, Sílvio. **Introdução à Ciência do Direito**. 3ª ed. Bauru: Souza Reis, 1971.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do Direito**. 15ª ed. ver e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RODRIGUES, Athanis Molas. **A Realidade Constitucional Brasileira e o Processo de Constitucionalização Simbólica**. *O Direito Alternativo*, Franca, v.1, n.1, p. 132-161, agosto 2011. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/viewFile/293/349>>. Acesso em: 10 de agosto de 2012

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 6ª ed. rev. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.