

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA FRENTE À CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E SUA EFETIVIDADE

BRAZILIAN FRONT OF THE SYMBOLIC CONSTITUTION CONSTITUTIONAL AND ITS EFFECTIVENESS

Renata Aparecida Follone¹
Rúbia Spirandelli Rodrigues²

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso expõe uma análise crítica do fenômeno da eficácia das normas definidoras de direitos sociais, em seu viés programático desde os primórdios do movimento constitucionalista, até o estágio atual, não obstante será analisada a aplicabilidade das normas constitucionais, frente ao contexto histórico de cada uma. O objetivo geral é abordar os variados aspectos ligados à sua aplicabilidade, apontando os problemas de limitação em sua execução; bem como demonstrar o caráter simbólico de algumas políticas públicas e dos instrumentos criados para garantir o cumprimento dos dispositivos constitucionais. A análise parte da criação dos direitos sociais atribuídos como princípios e direitos fundamentais instituídos pelo Estado Democrático de Direito em uma abordagem voltada ao povo como titular do poder de criação normativa constitucional.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Simbolismo. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present work exposes a critical analysis of the efficacy of the social rights rules phenomena, in its programmatic view, since the beginning of the constitutionalist movement until nowadays. Nevertheless, it will investigate the constitutional rules applicability, in front of the historical context of each one. The aim of the present work is to analyze the various aspects connected to its applicability, pointing the problems of its limited execution, as well demonstrating the symbolical character of some public policies and instruments created to ensure the constitutional devices fulfillment. The

¹ Mestre em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto/UNAERP; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela - Universidade Gama Filho/UGF; Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional; Professora da Universidade Estadual de Minas Gerais/UEMG-Campus Frutal-MG; Advogada. <http://lattes.cnpq.br/8477584847303462>

² Mestre em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto/UNAERP; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Franca/Unifran; Docência e Gestão do Ensino Superior pela Faculdade do Noroeste de Minas/Finon; Professora da Universidade Estadual de Minas Gerais/UEMG-Campus Frutal-MG; Advogada. <http://lattes.cnpq.br/9806470523322474>

analysis starts from the creation of social rights, attributed as principles and fundamental rights, instituted by the democratic state of law, in an approach turned to the people as power holders of the normative constitutional creation.

Keywords: Constitutionalism. Symbolism. Democratic State of Law.

INTRODUÇÃO

Questões relacionadas aos direitos que o indivíduo possui, enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal, além da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, são aspectos elementares de lutas políticas e sociais, passadas e presentes. Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis.

As normas de direitos fundamentais regulam questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso pode ser percebido claramente nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade, e à igualdade. A finalidade do Estado, a estrutura da democracia do Estado de Direito e do Estado Social, chega-se a um sistema de conceitos que abarca o direito racional moderno, complementado pelo Princípio do Estado Social, que expressa as exigências dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX.

Frente à existência de uma Carta de direitos que se faz necessária à regulação do convívio em sociedade, o problema jurídico associado relaciona-se diretamente com a interpretação do direito positivo. Neste ponto não existe diferença entre o problema interpretativo que se relaciona com a Ciência do Direito em geral.

O Direito foi sempre um fenômeno social dinâmico, para tanto foi necessário construir um modelo de linguagem que expressasse fielmente normas positivas de uma certa comunidade, em um certo tempo. Tais normas em qual fosse sua origem, eram predominantemente geridas pelo Estado.

Partindo da premissa que o Estado cria e gere as regras gerais de direito, percebe-se uma consonância em Hegel, quando a parte mais especificamente jurídica se constitui, pela antítese entre a “consciência individual” e a “vida coletiva”, ou entre o espírito subjetivo e o objetivo. O problema fundamental do direito e da política está na oposição entre indivíduo e sociedade, a qual, em seu fluxo, vai gerar a síntese conciliadora que ultrapassa a perspectiva individualista.

O Estado assume o papel de conceito superior, pois constitui a melhor realidade, na qual qualquer conflito é resolvido. Assim, ele deve ser onipotente, superior a cada indivíduo, uma entidade independente. A fonte primária do direito está nesse espírito objetivo que o Estado se personifica.

Dentre as funções exercidas pelo Direito Constitucional pode se destacar as de relevante importância, quais sejam: a institucional, que delimita a repartição de funções e poderes na comunidade política; a protetiva, de liberdades e garantias. Através da atribuição simbólica torna-se possível o vislumbre imaginário capaz de atrelar a identificação e agregação social de tais funções.

E a necessidade não é de criação de instrumentos jurídicos para que o judiciário diga o direito sem sua aplicação fática. Não é simplesmente a regulamentação das normas definidoras de direitos sociais básicos. É preciso, antes de tudo, tradução na realidade brasileira, quer dizer, a plena conformidade entre o direito e a realidade.

Destarte a marca distintiva da legislação simbólica se constitui na produção de textos cuja referência manifesta à realidade normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, à finalidade política de caráter não especificamente normativo-jurídico. Definida, portanto, a legislação simbólica como aquela em que, em razão da prevalência da dimensão político-ideológica, há um déficit de concreção normativa.

A problemática central do trabalho se relaciona com a dificuldade ou multiplicidade interpretativa das normas constitucionais, além de explorar os discursos políticos que delimitam diretrizes ao legislativo, resultando na inércia do judiciário.

Partindo deste ponto é fácil compreender a ineficácia de determinadas normas frente aos problemas que a sociedade enfrenta, em virtude da omissão do Estado.

1 CONSTITUCIONALISMO

Predominante, a força bruta representava o ápice da soberania do indivíduo no início da civilização, cada qual por si. Logo depois surgiram as famílias e as tribos, resultando nas primeiras sociedades primitivas. Adoração aos deuses, cruéis e impiedosos. Então os chefes religiosos tornam-se absolutos, época sombria de perseguições, guerras e escravidão.

Na penumbra racional da ética e da moral, até então deturpadas, surgem às primeiras leis, a priori morais, posteriormente jurídicas. Leis que estabeleciam regras de

conduta, que reprimiam instintos e barbárie, disciplinando a relação entre os indivíduos e resguardando a propriedade.

A breve consideração faz-se necessária para abordagem do termo “constitucionalismo”. Termo este que gera polêmica a despeito de suas acepções. Numa primeira análise percebe-se referências a movimentos políticos sociais, com origens remotas. Numa segunda acepção pode-se identificar a necessidade de imposição de cartas constitucionais escritas.

Neste sentido, Kildare Gonçalves Carvalho preconiza:

Em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado³.

O constitucionalismo, como forma de garantia da organização do Estado, tem sua origem encravada na antiguidade clássica. Há de salutar a tímida participação do povo hebreu neste processo, pois já em seu Estado teocrático criaram limites ao poder político, por imposição da chamada “lei do senhor” denominada Lei das XII tabuas⁴. A contribuição dos hebreus, se comparada ao estágio atual de desenvolvimento do constitucionalismo, é quase imperceptível.

Mais tarde surgiram os gregos, e as Cidades-Estado, representando o início da racionalização do poder, um exemplo concreto de regime constitucional com identidade plena entre governantes e governados, pois aqui se apresentava à história, a democracia direta.

Durante vários séculos os homens viveram sob a tutela de regimes absolutistas, onde eram privados de qualquer forma de direito, e não havia limites impostos aos governantes. Estes eram tratados como verdadeiras entidades divinas, enviados de Deus para comandar o povo e, portanto, poderiam agir de acordo com sua vontade, livres de limitações. Seus atos não se submetiam a controle jurídico, pois eram considerados acima de qualquer lei.

³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 165.

⁴ Os primeiros escritos de que se tem notícia remontam ao Velho Reino Egípcio, de aproximadamente 2.600 a.C. Nada obstante, não há qualquer registro da existência de corpo de leis, que só chegaria com Dário, um conquistador estrangeiro. V. Roland de Vanux, *Ancient Israel*, 1961, p. 142.

1.1 Constitucionalismo Contemporâneo

Emoção e razão não se excluem ambas formam as instituições humanas ao passo que o constitucionalismo deriva em suma da segunda. Destarte Aristóteles descrevia o modo de ser da *polis*, tal como uma Constituição, podendo observar um modesto vestígio do conceito atual.

Constitucionalismo é o movimento histórico de tentativa e efetivação da ideia de se ter uma Constituição a regular, limitar, organizar e ditar as relações de poder e a estrutura e atuação do Estado perante a sociedade e os indivíduos.

Sob esta perspectiva histórica, constitucionalismo foi o movimento doutrinário e ideológico que encontrou na promulgação de constituições escritas ou na elaboração paulatina de constituições costumeiras ou consuetudinárias, a possibilidade de limitação dos poderes arbitrários de um Estado Absolutista, garantindo-se assim uma esfera jurídica de liberdade para o indivíduo e partindo da premissa de que era necessário uma norma fundamental que fosse obedecida por todos, imposta pelo Poder Estatal ao próprio Poder Estatal, representando, assim, uma espécie de auto-limitação consentida e formalizada dos Poderes Institucionais do Estado. Isto significa que,

[...] o constitucionalismo, como doutrina, envolve a necessidade de uma Constituição escrita para limitar o poder e garantir a liberdade, seja porque esta Constituição deve proclamar os direitos fundamentais do homem e apresentar-se como uma norma imposta aos detentores do poder estatal, seja porque ela obterá o equilíbrio necessário a que nenhum deles possa acumular poderes e eliminar a liberdade. Nesse sentido, o constitucionalismo é dotado de um conjunto de princípios básicos destinados à limitação do poder político em geral e do domínio sobre os cidadãos em particular. O constitucionalismo é um arranjo institucional que assegura a diversificação da autoridade, para a defesa de certos valores fundamentais, como a liberdade, a igualdade e outros direitos individuais. Como ideologia, pode-se dizer que o constitucionalismo compreende os vários domínios da vida política, social e econômica: neste sentido o liberalismo é constitucionalismo⁵.

E, por fim, arremata de forma contundente o mesmo autor: “O constitucionalismo consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder”.

⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit. 2006. p. 167.

1.2 Contribuição Francesa

Após o período de Abusos e tirania, a figura do Estado emerge apresentando limites ao poder absoluto dos reis, mas não tinha instrumentos efetivos reais para combater as novas formas de dominação política apresentadas pelo liberalismo político clássico.

Portanto, dominava a cena, no plano político-constitucional, um formalismo espúrio que procurou alçar a liberdade individual como ponto nodal da atividade estatal, econômica e política, independente de outros conceitos jurídicos defendidos durante a revolução francesa e que foram então abandonados, tais como a igualdade, fraternidade e solidariedade.

A consequência de tal ordem constitucional liberal era a prevalência única de direitos fundamentais de primeira geração, de cunho civil e político, que se apresentavam como direitos contra o Estado.

Assim, a estrutura política do constitucionalismo vigente e nas próprias finanças públicas um “formalismo constitucional” que presumia serem iguais perante a lei o capitalista e o proletariado/assalariado, uma falsa liberdade para contratar, a qual não levava em consideração a superprodução e o subconsumo, descritos de modo milenar pela filosofia não-liberal.

A estrutura jurídica deste constitucionalismo liberal era marcada pela prevalência da preocupação enfocada unicamente na liberdade jurídica e na proteção absoluta do direito de propriedade, visto como perpétuo e ilimitado, e até mesmo a estrutura judiciária se cingia à garantia do individualismo processual.

1.3 Contribuição Inglesa

Como que num movimento cíclico, a inquietação e o descontentamento se espalhavam pelos povos que viviam sob a égide dos soberanos. Na Inglaterra desenvolve-se um longo, lento e progressivo processo constitucional, identificando seu marco inicial com a concessão da Magna Carta por volta de 1.215, em fase posterior no início de século XVII, a luta entre o Rei e o Parlamento, com a *Petition of Rights*, de 1.628, as revoluções de 1.648 e 1.688 e o *Bill of Rights*, de 1.689.

O movimento inglês foi inspirador, constituiu um modelo político-jurídico, que complementava o Poder Real, a aristocracia e os comuns. Diferentemente da revolução francesa que buscava reconstruir toda arquitetura político-jurídica do Estado.

O constitucionalismo moderno caracteriza-se pela existência de uma Constituição jurídica, pela universalização dos direitos e liberdades, com suas respectivas garantias, e pelo aperfeiçoamento de técnicas que limitam o poder político. No plano histórico, a primeira Constituição de acordo com esta doutrina foi a inglesa, mas esta surgiu a partir de um largo processo histórico, carecendo de documento articulado e codificado. Como criação consciente e deliberada, refletida em um documento escrito, a primeira realização institucionalizada do constitucionalismo decorreu das constituições das colônias norte-americanas, seguida da experiência francesa.

O longo caminho percorrido até aqui, demonstra que governos déspotas, fizeram-se necessários para evolução da sociedade. Neste sentido, nota-se, por fim, que o conceito de constitucionalismo não é simplesmente uma junção formal de Estado Democrático e Estado de Direito, é muito mais que isso, é o respaldo da lei pelo princípio da legalidade, bem como o amparo de valores sociais supremos, conferindo ao cidadão instrumentos apropriados para tanto.

1.4 Constitucionalismo Brasileiro

O surgimento do Brasil se deu sob o signo do constitucionalismo. A evolução histórica deste constitucionalismo no Brasil coincide com as transformações substanciais do próprio Estado. A prática do nosso constitucionalismo se esboçou, sem sucesso, com o movimento revolucionário ocorrido em Pernambuco, em 1817, de inspiração republicana.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, permaneceu ativa por 67 anos, a mais longa de todas as Constituições brasileiras, foi substituída pela Carta de 1891, e foi interrompida pela Revolução de 1930.

Após uma sangrenta guerra civil, surgida exatamente da ausência de uma constituição, vem o texto de 1934, que introduz no constitucionalismo brasileiro a ideia social, já que as duas Constituições anteriores refletiam uma concepção marcadamente liberal de Estado.

Em 1937 é desferido um golpe de Estado, por Getúlio Vargas, que outorga a Constituição de 1937, que não chegou a entrar em vigor, governando o ditador por decretos-leis na ausência de órgãos legislativos. Derrubada a ditadura, em 1945, reimplanta-se a normalidade constitucional democrática, com a Constituição de 1946, que duraria até o golpe de 1964, quando é votada pelo Congresso Nacional a Constituição de 1967, de curta duração, sucedida por uma Emenda outorgada em 1969, que perduraria até a votação da Constituição democrática de 1988.

Pode se mencionar ainda que o constitucionalismo brasileiro conheceu duas Constituições provisórias: o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, e o Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, que, emanados de governos revolucionários, foram documentos de expressiva força constitucional.

No tocante ao Estado brasileiro, de fato, o movimento constitucionalista eclodiu paralelamente com as modificações que aqui ocorreram, já que todas as constituições, desde a primeira até a mais recente, refletiram os movimentos sociais de cada época.

Como exemplo disso tem-se a Constituição de 1824 que espelhou a fase liberal-centralizadora correspondente ao Império; a Constituição de 1891 que representou a fase republicana preconizada por Rui Barbosa; a Constituição de 1937 que retratou o período de ideias contrárias ao constitucionalismo liberal, o período de 1967/1969 em que houve expressivo retrocesso ao modelo centralizador e estatizante e, por fim, as Constituições de 1946 e 1988 que refletiram o pensamento liberal-social, ressaltando, entretanto,

Logo, conclui-se que constitucionalismo foi um movimento muito importante para a criação da constituição escrita no Brasil e no mundo, consagrando direitos e garantias a todos os cidadãos, sem qualquer distinção, prevalecendo o princípio da igualdade como um dos seus fundamentos afastando, por conseguinte, os ideais imperiais e centralizadores da época.

2 EFETIVAÇÃO DO DIREITO

O constitucionalismo contemporâneo tem sido marcado por um totalitarismo constitucional, no sentido da existência de cartas constitucionais amplas, extensas e analíticas, que encarceram temas próprios da legislação ordinária. Há um acentuado conteúdo social, a caracterizar a denominada constituição dirigente, antecedendo

promessas e programas a ser cumprido, o que muitas vezes acarreta o desprestígio e a desvalorização da própria Constituição, pelas falsas expectativas criadas.

É possível afirmar que a origem do constitucionalismo também se encontra no contratualismo moderno, pois é da necessidade de justificar racionalmente escolhas políticas e morais, questão central para o jus-naturalismo da época, que resulta a filosofia constitucional. E é justamente no contratualismo que Rawls vai buscar a fundamentação de uma moderna teoria da justiça.

[...] meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como contrato que introduz uma sociedade particular ou estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original⁶.

Tal tendência, entretanto, somente veio a se solidificar de uma maneira profunda e arraigada após os acontecimentos históricos da primeira guerra mundial, da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, e, finalmente, com a crise capitalista advinda da quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929, quando se tornou impossível, ideológica e materialmente, continuar a executar um ideário puramente capitalista-liberal nas regras constitucionais clássicas até então estabelecidas.

O Estado passa a intervir nas relações sociais e econômicas, estas ampliações das atividades estatais deram espaço ao fenômeno, do Estado de Bem-Estar Social.

Os surgimentos do Estado de Bem-Estar Social, fruto de gradual evolução, com a complexidade que o caracterizou, augurou um dinamismo crescente da atividade financeira do Estado. Muito embora o Estado Social tenha sido uma evolução do Estado Liberal, aquele, ainda, não foi capaz de assegurar de forma concreta, eficaz e igualitária os direitos e garantias fundamentais, haja vista que a participação popular não saiu do plano meramente ideológico, tornando necessário, portanto, o surgimento de um “novo” modelo estatal assecuratório efetivo de tal direito.

Segundo José Afonso da Silva,

⁶RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 12.

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político⁷.

Percebe-se que com a deficiência do Estado Social de Direito tornou-se imperativo o implemento de outros elementos de organização aptos a consagrar a Justiça Social fustigada, com o objetivo de atender, efetiva e concretamente, os anseios do povo, fato que materializou no momento em que se atribuiu novas dimensões às garantias individuais, bem como aos direitos difusos implementados.

Aqui é que emana outra forma de Estado, chamado Estado Democrático de Direito, institucionalizado com base em fundamentos e objetivos concretos resguardando, primordialmente, a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos. Significa que,

Vinculado à idéia de democracia, tem na sua base o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Entretanto, democracia é palavra que designa não apenas uma forma de governo, mas deve ser entendida também com o regime político, forma de vida e processo⁸.

O conceito de democracia é bem mais abrangente que o de Estado de Direito, pois o primeiro tem como base a realização de valores sociais, tais como igualdade, dignidade e liberdade, já o segundo é caracterizado puramente pela nomenclatura jurídica do Estado liberal, concluindo-se que o Estado Democrático é uma evolução do Estado de Direito.

2.1 O Estado Democrático de Direito

De acordo art. 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, substituindo a expressão de Estado de Direito consagrado pelas antigas Constituições, no qual todo o poder emana do povo,

⁷SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 22º ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94.

⁸CARVALHO, Kildare. Op. cit., 2006, p. 162.

pelo povo e para o povo, instituindo, destarte, uma fórmula política de Bem-Estar e Justiça Sociais.

A evolução do modelo estatal, portanto, se mostrou de extrema relevância para o constitucionalismo brasileiro, sedimentando um governo independente e, sobretudo, representativo dos anseios da sociedade.

Nesta óptica, entende-se que a figura do Estado Democrático de Direito aparece como aprimoramento do Estado Social de Direito, que, por conseguinte, foi resultado da superação histórica do Estado Liberal de Direito.

E, esse Estado de Direito, como afirmado em tópico anterior, apareceu historicamente como Estado Constitucional, com conceito tipicamente liberal, preconizado pelos movimentos constitucionalistas, no qual havia a submissão ao império da lei, à divisão dos poderes, e, ainda, representava os anseios da sociedade como um todo.

O Estado de Direito clássico ou liberal teve a faculdade de conclamar os primeiros direitos e garantias do cidadão, em linhas gerais, esse modelo de organização social restringia a atuação estatal ao mínimo indispensável a preservar os direitos e garantias asseguradas pela Constituição, assim,

Na esteira destas considerações importa consignar, que esta função defensiva dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito da liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão⁹.

Estes novos Estados possuíam a definição rígida de direitos e garantias individuais, a separação dos poderes com a instituição de órgãos representativos e independentes como forma de especialização funcional, a supremacia da Constituição, vez que esta é fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico e, por derradeiro, o princípio da legalidade administrativa, como valores primordiais.

⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 171.

Assim, pois, com essa nova tendência de pensamento, o Estado passou a controlar até mesmo a condutas de seus próprios agentes políticos, edificando um Estado de Legalidade, visto que a norma materializa a vontade do corpo social.

Para Jean-Jacque Rousseau,

Quando afirmo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os súditos coletivamente e as ações como abstratas, nunca um homem como indivíduo nem uma ação particular. Assim, a lei pode perfeitamente estatuir que haverá privilégios, mas não pode concedê-los nomeadamente a ninguém. Pode criar diversas classes de cidadãos, e até especificar as qualidades que darão direitos a essas classes, porém não poderá nomear os que nela serão admitidos. Pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei nem nomear uma família real; numa palavra, toda função que se refere a um objeto individual não está no âmbito do poder legislativo. Partindo dessa idéia, vê-se com clareza que já não é preciso perguntar a quem compete fazer as leis, visto serem atos da vontade geral, nem se o Príncipe este acima da lei, visto ser membro do Estado, nem se a lei pode ser injusta, porquanto ninguém é injusto para consigo mesmo, nem como se é livre e ao mesmo tempo submisso às leis, já que estas são mera expressões da nossa vontade¹⁰.

Verdade é, que algumas das garantias processuais de notável diligência nos dias de hoje foram implementadas nesta época, a exemplo do direito de petição, do “habeas corpus” e do postulado do devido processo legal. Logo, observa-se, que não foram garantidos apenas direitos favoráveis à sociedade, o Estado de Direito também legitimou direitos ao cidadão.

Vale ressaltar, então que, muito embora houvesse garantias individuais estabelecidas na Constituição, com o passar dos tempos surgiram no meio social ideais de transformação dos padrões tradicionais, principalmente para limitar os poderes conferidos ao legislador, sem, no entanto, abdicar ao corolário da legalidade.

Paulo Bonavides traz,

A constituição do Estado Social na democracia é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade; por isso mesmo, a Constituição dos direitos sociais básicos, das normas programáticas, ao contrário, portanto, da Constituição do Estado Liberal, que pretendia ser a Constituição do repouso, do formalismo, da harmonia,

¹⁰ROUSSEAU, Jean-Jacque. **O contrato social** .Tradução Antônio Pádua Danesi.São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 47.

da rígida separação de poderes, do divórcio entre o estado e a sociedade¹¹.

Neste prisma é que foi efetivamente implementada a tão sonhada legalidade democrática, tendo relevância maior da que possuía no Estado Liberal de Direito, e, além disso, esse Estado Material de Direito amparou direitos e garantias individuais.

Tais direitos corresponderam às reivindicações das classes menos favorecidas, havendo, assim, garantias de cunho assistencial, cultural e social, direitos esses denominados, pela doutrina, de segunda geração.

Assim Ingo Wolfgang Sarlet assevera,

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida de não mais evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim de propiciar um direito de participar do bem-estar social. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado¹².

Ocorre que, embora o Estado Social tenha sido uma evolução do Estado Liberal, aquele, ainda, não foi capaz de assegurar de forma concreta, eficaz e igualitária os direitos e garantias fundamentais, haja vista que a participação popular não saiu do plano meramente ideológico, tornando necessário, portanto, o surgimento de um “novo” modelo estatal assecuratório efetivo de tal direito.

Para José Afonso da Silva,

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político¹³.

Assim, com a deficiência do Estado Social de Direito tornou-se imperativo o implemento de outros elementos de organização aptos a consagrar a Justiça Social fustigada, com o objetivo de atender, efetiva e concretamente, os anseios do povo, fato

¹¹BONAVIDES, Paulo. **Constituição e Democracia**. Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho. Editora Malheiros. São Paulo, 2006, p. 395.

¹²SARLET, Op. cit, 2001, p. 51.

¹³SILVA, José Afonso. Op. cit, 2003, p. 118.

que materializou no momento em que se atribuiu novas dimensões às garantias individuais, bem como aos direitos difusos implementados.

Nesse contexto, é que emana outra forma de Estado, chamado Estado Democrático de Direito, institucionalizado com base em fundamentos e objetivos concretos resguardando, primordialmente, a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos.

Assim Kildare Gonçalves Carvalho explica,

Vinculado à idéia de democracia, tem na sua base o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Entretanto, democracia é palavra que designa não apenas uma forma de governo, mas deve ser entendida também com o regime político, forma de vida e processo¹⁴.

Na mesma linha, assegura José Afonso da Silva,

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir¹⁵.

Sedimentando,

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*¹⁶.

As primeiras ideias de Estado Democrático de Direito apareceram nas sociedades européias em meados do século XVIII, no entanto, foi só no movimento revolucionário político e social francês que eclodiu o lema de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, reagindo contra a ausência de participação das camadas sociais nos atos e decisões do Estado, haja vista que seria impossível constituir uma sociedade justa que não fosse democrática e livre.

¹⁴ CARVALHO, Op. cit, 2006, p. 375.

¹⁵SILVA, José Afonso. Op. cit, 2003, p. 120.

¹⁶Idem, p. 120.

Nesta perspectiva, define-se Estado Democrático de Direito como sendo um modelo estatal e evoluído, no qual é garantida a concretude dos direitos fundamentais do homem; ou seja, não basta ser um Estado de Direito garantidor de leis, unicamente, mas também, um Estado onde haja efetiva participação popular, promovendo justiça social, e, fundado, sobretudo, na dignidade da pessoa humana.

3 CONSTITUIÇÃO COMO SÍMBOLO

Primordialmente entre os operadores do direito, mas também de conhecimento de outros ramos profissionais, é perceptível e notável o caráter de superioridade que a Constituição impõe em relação às normas infraconstitucionais. Nesse sentido, assevera-se a conhecida e popular pirâmide do Direito, tendo a Constituição como ápice normativo, constituindo uma acepção Jurídico-Positiva, na ótica de Hans Kelsen.

Em virtude do contexto histórico que os direitos fundamentais se encontravam frente à ditadura militar anterior, no Brasil, a Constituição de 1988 foi recepcionada com grande alarde, esperançosos, pois ali estava a possibilidade da idealização e concretização de uma sociedade mais justa, respeitadora dos direitos humanos, observante do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, limitadora dos poderes Estatais autoritários e arbitrários, entre outros.

Aqui emerge o Neoconstitucionalismo, que na sua versão mais simplista, significa a obtenção de mecanismos para a efetivação das garantias individuais, de direitos de segunda e terceira gerações, estes últimos inovadores pela primeira vez na Constituição do Brasil. Pode-se, enfim perceber mudanças e transformações a partir de 5 de Outubro de 1988. Destarte, a união da Constituição Cidadã com a corrente do Neoconstitucionalismo emergente que será fundamental para a realização de uma sociedade subjetivamente justa.

Como a história nos revela, para um Estado adquirir independência e soberania, o povo é componente elementar de sua estrutura. Destarte é necessária organização e imposição de diretrizes norteadoras para que tais componentes cumpram adequadamente com sua função. Aqui é apresentada uma via de mão dupla, pois tanto quanto o Estado depende do povo, o povo depende Dele.

3.1 Aspectos do Simbolismo constitucional

A expressão ou interpretação por meio de símbolos, derivada da palavra grega *symbolon*, significa “aquilo que por um princípio de analogia, representa ou substitui outra coisa¹⁷”.

Desta definição inicial, Simbolismo “é o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto em detrimento da função jurídico-instrumental. É a preponderância, a prevalência, a preeminência do significado político-ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente.

É a confirmação na formulação assim transcrita,

Talvez se possa vislumbrar uma analogia com a concepção de simbolismo Freudiana, na medida em que nela se distingue entre significado latente e significado manifesto (cf. Freud, 1969: 158-77, 1972: 345-94) e afirma-se que na legislação simbólica a sua função latente prevalece sobre a manifesta¹⁸.

É a produção de normas cuja referência revelada na realidade é de norma jurídica, mas que serve, de forma primeira, a finalidades políticas de caráter não correspondente com a norma editada. Neste sentido,

A legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta á realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico¹⁹.

A constitucionalidade simbólica é apresentada em face da existência de dispositivos normativos inseridos no Texto Magno sem concretização social. Temos,

A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do Governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como alibi: transfere-se a culpa para a sociedade desorganizada e atrasada, descarregando-se de responsabilidade o Estado ou o governo constitucional²⁰.

¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**, 2º edição - Editora Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 1986, p. 1.586.

¹⁸ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2011. p.324-325.

¹⁹ Idem., p.325.

²⁰ GOMES DA SILVA, Alessandro Rodrigues. **O Poder simbólico da Constituição e o Controle de Constitucionalidade**. Brasília, Editora Thesaurus, 2008, p. 49.

Assim, preleciona Alessandro Rodrigues Gomes da Silva que “A constitucionalidade simbólica é tratada como uma visão do ícone normativo régio na categoria de processo dialógico, abrigando em suas pontas a concretização constitucional e a simbolização normativa²¹”.

Escrito de Neves relata o não seguimento da normatividade jurídica e a não concretização do texto constitucional,

No caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional²².

A legislação simbólica é apontada como o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.

A suposta harmonia viria pela concretização dos ideais constitucionais, pela concretização constitucional. Já na introdução da pesquisa analisada, o autor explica que aborda o significado social e político dos textos constitucionais, em uma relação inversa da sua concretização normativo-jurídica, ou seja, analisa a discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais²³.

Com isso, assevera a doutrina que a criação simbólica nesta preponderância “serve antes à harmonia social, reduzindo as tensões e, portanto desempenhando uma função aquietadora do público²⁴.”

A função simbólica se sobressai, não exercendo de forma satisfatória e diretamente a sua relação meio-fim. Assim, Gusfield retrata,

[...] diferentemente das variáveis instrumentais, a atitude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio/fim e, por outro lado, não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente²⁵.

²¹ Idem, p. 33.

²² NEVES, Marcelo. Op. Cit.2011. p.326

²³ GOMES DA SILVA, Alessandro Rodrigues. Op. cit, 2008, p. 34.

²⁴ EDELMAN, 1967, apud NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Editora Martins Fontes. São Paulo, p. 24.

²⁵ GUSFIELD, 1967, apud NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176514> Acesso em 30 jul 2014.

Partindo disso, o estudo do predomínio da função simbólica no Direito Brasileiro tem levado à discussão, desde meados do século XX, do poder do Estado diante da redução de capacidade de dirigir a conduta social.

Esta discussão se dá em face do reconhecimento da ausência de efetividade de institutos normativos criados, levando a não concretização do estado de bem-estar social delineado na Constituição Federal de 88.

Acentua-se assim, a abstenção do Estado na promoção dos direitos constitucionalmente tutelados, que contribui fatalmente para a não concretização dos direitos sociais e, conseqüentemente, para o fracasso do estado de bem-estar social.

Neste aspecto, o processo de concretização normativa sofre bloqueios em toda e qualquer situação na qual o conteúdo da norma seja rejeitado, desconhecido, desconsiderado, inobservado, não executado, caído em desuso ou ainda sofrendo abusos nas ofertas de regulamentação. Sendo assim, a presença desses bloqueios na concretização da norma, elevam-na a meramente símbolos constitucionais.

Este simbolismo pode ocorrer em sentido negativo e em sentido positivo. Em sentido negativo, trata-se da insuficiente concretização normativo jurídica de forma generalizada no texto constitucional. Em sentido positivo, a constitucionalização simbólica diz respeito ao importante papel político ideológico que desempenha, consistindo no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob outras condições sociais diversas do que se apresenta, ou seja, só haveria a possibilidade de tornar-se realidade mediante a transformação da sociedade.

Nestes termos, preleciona Habermas que, as ideologias são exatamente as ilusões dotadas do poder das convicções comuns.

Esta ilusão causada à sociedade tem um efeito mais que preocupante pelo fato de que, além de não resolver os problemas sociais, obstruem o caminho das mudanças em direção ao Estado Constitucional, podendo também conduzir à perda de confiança pública no sistema político e nos agentes estatais.

É lúdico no que se assemelha à conotação em face de sua imprecisão, conforme a seguinte transcrição: “Na conotação a linguagem é mais ambígua; o agir simbólico é

conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto²⁶”.

Há uma aparência constitucional, uma representação ludica que obstrui a evolução estatal. Grimm, assim traz,

O “constitucionalismo aparente” (Grimm, 1989: 634 ou 1991: 13) implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Por meio dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais. (Bryde, 1982:28s), mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao Estado Constitucional²⁷.

Conforme modelo tricotômico apresentado por Harald Kindermann, em face da atividade legiferante de forma a confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e como meio de adiamento de compromissos dilatórios, Pedro Lenza assim preconiza,

A presença da função simbólica nos dispositivos normativos constitucionais pode estar diretamente ligada à tipologia da legislação simbólica em seu modelo tricotômico em que a atividade legislativa pode estabelecer a criação da norma como forma de confirmação de valores sociais, como demonstração de capacidade de ação do Estado ou como forma de adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios²⁸.

Assim temos que a existência da função simbólica se faz presente pela tipologia da legislação simbólica podendo estabelecer a norma como forma da afirmação dos valores sociais.

3.2 Classificação Normativa de Karl Loewenstein Frente ao Simbolismo Constitucional

O simbolismo no Direito Constitucional tem uma importante ligação com a classificação das constituições adotada por Karl Loewenstein.

²⁶GUSFIELD, 1967, apud NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática:** mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176514> Acesso em 30 jul 2014.

²⁷GRIMM, 1996. apud NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática:** mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3> Acesso em 17 ago 2013.

²⁸LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo 2009, p.31

Tal classificação compreende estudar a essência das constituições, ou seja, objetiva abordar quais traços a distingue de outros entes, levando em consideração o contexto da realidade social.

Loewenstein busca analisar a relação do texto da constituição com a realidade econômica, política, educacional, cultural e jurisprudencial do país.

Partindo desta classificação, a doutrina enquadra a Constituição Federal de 1988 como uma constituição normativa, identificando-a como real e efetiva, aquela em que os destinatários e detentores do poder efetivamente usam e obedecem corretamente.

Não obstante a essa classificação, parece haver dispositivos presentes na Carta Magna de 1988 que não apresentam as características de uma constituição que encontra relação com a realidade social.

Isto se desprende da efetividade e aplicabilidade de certos preceitos normativos inseridos pelo constituinte originário, ficando longe da realidade brasileira, em alguns momentos, a aplicabilidade tal qual perpetrada na literalidade da Lei Maior.

Mesmo diante de uma constituição normativa, não há que se afastar a presença de alguns dispositivos exercendo função simbólica, conforme assenta relevante artigo,

Aqui não se desconhece que também as “constituições normativas” desempenham função simbólica, como bem enfatizaram Burdeau (1962:398; cf. Outrossim Massing, 1989) e Edelman (1967:18s.) [...] tampouco que a distinção entre “constituição normativa” e “constituição simbólica” é relativa, tratando-se de dois pontos extremos de uma escala do que de uma dicotomia²⁹.

A Constituição Federal em vigor, diante da presença da função simbólica em detrimento da instrumental pode ser rotulada, em alguns preceitos, como nominalista.

A título de exemplo, poder-se-ia citar, como já comentado, a norma constitucional que institui o salário mínimo de forma a atender os direitos sociais básicos nos moldes do art. 7^a, IV, sendo esta de conteúdo distante da realidade presente no Estado Brasileiro, servindo apenas como norma-guia e se mostrando como uma norma característica de uma constituição nominalista.

3.3 Simbolismo como Confirmação de Valores Sociais

²⁹ NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder.** Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176514> Acesso em 30 jul 2014.

Como formas de confirmação de valores sociais, o legislador assume uma posição em relação aos conflitos sociais de maneira a consagrar uma certa vertente deixando em segundo plano a preocupação com a eficácia da norma.

É um meio pelo qual a criação normativa exerce diferenciação entre diversos grupos sociais atribuindo prestígio a certo grupo. Assim, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores veem a vitória legislativa como uma forma de reconhecimento da predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhe secundária a eficácia normativa da respectiva lei.

Neste sentido, o simbolismo se apresenta como confirmação de valores sociais na medida em que positiva determinados pontos da sociedade a fim de consagrar determinadas visões valorativas.

A sociedade procura influenciar a atividade legiferante para que sejam proibidas aquelas condutas que não coadunam com os seus valores, satisfazendo as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo.

É a ideia do domínio de uma classe social em face de outra, apresentando-a como detentora dos interesses dos demais membros da sociedade.

Vale destacar que a influência social caracterizada como conteúdo de normas simbólicas encontra fundamento em valores sociais. Daí a importância de se conceituar valores como sendo princípios moralmente protegidos por certo grupo social e que são constituídas de variações no tempo, podendo ser refletidas em cada época de forma distinta.

Aqui, o legislador se vê pressionado a inserir no texto normativo condutas proibidas ou obrigatórias que têm como origem simplesmente o “anseio da sociedade” por valores a serem positivados.

Então, os atos legislativos tendentes a inserir no texto normativo determinados valores, sem se pensar em um sua efetividade, são os considerados de conteúdo simbólico.

O simbolismo como adiamento de solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios, se apresenta quando há divergências entre grupos políticos, não resolvidos por meio de atos legislativos ante a ausência de consenso entre as partes envolvidas, e pela transferência da solução desses conflitos para um futuro indeterminado.

É a ocorrência da edição de normas com objetivo de possibilitar acordos em torno de problemas postos quando da elaboração normativa.

O simbolismo se mostra presente nesta fase quando há uma nítida inclusão normativa como forma de se adiar conflitos não devidamente resolvidos em certo momento de discussão.

3.4 Simbolismo e o Estado Democrático de Direito

A norma surge para se alcançar algum efeito jurídico e este efeito pode ser mais ou menos latente, de acordo com a capacidade que cada dispositivo possui de se fazer valer os anseios da sociedade e de se afastar do status meramente “subjetivo” que é raiz predominantemente simbólica.

Nesta capacidade de alcançar efeitos práticos, as normas constitucionais que dependem de regulamentação infraconstitucional estão limitadas à atuação do legislador.

Destarte, há normas constitucionais que não produzem efeitos imediatos ante a inexistência de regulamentação exigida e outras que, ainda que regulamentadas, são incapazes de assumir os aspectos legítimos pelos quais foram criadas, levando as também a assumirem um caráter simbólico.

Dentre a discussão da norma constitucional como possuidora ou não de concretização social, há o aspecto do princípio democrático contido no parágrafo único do art.1º da Constituição de 1988 onde estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.”

Assim, o Estado Democrático de Direito se assenta na ideia de Constitucionalismo e de democracia, onde há limitação de poder e supremacia da lei; e soberania popular, assim,

A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, ruleoflaw, Rechtsstaat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. A compreensão

desse ponto é decisiva para o equacionamento adequado da questão aqui tratada³⁰.

O Estado Constitucional de Direito não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhe determina também deveres de atuação. Nesse sentido, o próprio preâmbulo Constitucional proclama que a Assembléia Nacional Constituinte buscou instituir um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

Desse fundamento teórico constitucional, diante da relação da norma com o instituto democrático, têm-se por conseguinte, que toda obra constitucional é fundada no Estado em que o povo governa.

O grande problema presente na supracitada declaração está no fato de que, ser o Estado governado pelo povo não guarda qualquer compatibilidade com a ausência de aplicabilidade normativa.

Alessandro Rodrigues Gomes da Silva afirma que “o fenômeno normativo da Constituição no Estado Democrático de Direito é fruto de um desenvolvimento e construção histórica e simbólica intensa e não um conceito final³¹.”

Assim, Marcelo Neves destaca essa sobreposição do sistema político sobre o jurídico, como característica simbólica, de forma a contribuir para causar no público uma imagem de um Estado ou um Governo identificado com os valores constitucionais, apesar da ausência de um mínimo de ação no sentido de aplicar as respectivas normas.

Ocorre que o sistema do Estado Democrático de Direito invocado pelo Constituinte para embasar a legitimidade governamental, se apresenta como mito constitucional em face da ausência de concretização normativa.

Desta forma, no campo dessa democracia representativa não cabe a constatação de que uma norma não tem resultado social, eis que qualquer norma não pode servir apenas como instrumentos de satisfação de anseios políticos desprovida de relevância jurídica. A este respeito tem-se que,

A Constituição pode até ter sido resultado de um palanque político. Todavia, ela não pode se converter em um. Isso porque o que Consta na Carta da República invoca uma concretização. Não temos, na

³⁰BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3º Ed. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 95.

³¹GOMES DA SILVA, Alessandro Rodrigues. **O Poder simbólico da Constituição e o Controle de Constitucionalidade.** Brasília, Thesaurus, 2008, 25.

Constituição Federal, palavras vazias. O próprio STF é quem o diz, como no RE 197.917/SP (Rel. Min. Maurício Corrêa), no qual ficou registrado nas palavras do Relator: “Tal reflexão funda-se primordialmente no pressuposto de que a Constituição não contém palavras ou expressões vazias, sem nenhum sentido³².”

Por tal, pela força normativa constitucional, a falta dessa concretude e aplicabilidade social, eleva alguns dispositivos da constituição ao simbolismo, apresentado pela ausência de sua função instrumental em detrimento de sua função simbólica.

3.5 Eficácia das Normas Constitucionais no viés Simbólico

Em testilha nos capítulos antecedentes, fica evidente que os direitos sociais dependem de atuações das diversas esferas de poder em busca de concretização.

Dessa necessidade, esta de um lado as políticas públicas como uma forma de regulamentação necessária; e, de outro, a tutela jurisdicional como um meio de garantia da efetividade normativa.

Deste modo, poder-se-ia elencar, a título de exemplo de políticas públicas criadas pelo Estado, a distribuição de medicamentos de forma gratuita em busca da efetividade do direito à saúde, e o programa “minha casa minha vida”, como meio de garantir o direito à moradia.

É fato que tais políticas públicas não funcionam de forma satisfatória. Apesar de certos avanços, pode-se perceber problemas no programa habitacional desenvolvido pelo Governo Federal em parceria com outros entes da Federação.

Nota-se, por exemplo, que os valores dos empreendimentos imobiliários alcançaram patamares nunca antes conhecido. Além disso, aqueles que verdadeiramente necessitam do alcance da moradia não tem condições nenhuma de arcar com os custos do financiamento atribuído pelo Estado.

Do mesmo modo, pode-se perceber problemas no programa de distribuição de medicamentos sem onerosidade para a população, o qual não consegue atender toda a demanda social. A política de medicamentos foi criada, mas a sociedade continua à espera de sua aplicabilidade, ou seja, de que realmente sejam encontrados todos os medicamentos necessários à manutenção da saúde e ao resguardo do direito à vida.

³²LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Niterói: Impetus, 2010, p. 245.

Daí, em face dessa insubsistência das políticas públicas, a saída da sociedade é buscar a tutela do judiciário para fazer valer seus direitos previstos constitucionalmente. Surge, então, a necessidade de atuação dos órgãos judiciais.

Assim, assentado na ideia de que o Judiciário é órgão cuja finalidade recai na fiscalização e aplicação do direito, o papel deste, em um Estado democrático de direito, é o de interpretar a Constituição e as leis de forma a resguardar direitos e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico pátrio.

Nesta tutela de direitos normativamente garantidos, e em busca da efetividade, o constitucionalismo brasileiro estabeleceu novos patamares jurídicos concretista mediante o fomento de uma virada jurisprudencial.

A evolução ideológica, tal qual sabiamente se percebe, está evidenciada no fato que a mera existência da norma não a torna apta à concretização, uma vez que sofre influências de variados pressupostos para esse alcance. Nesse sentido,

O direito não é uma esfera isolada no mundo social, havendo uma variedade de pressupostos não jurídicos (econômicos, políticos, culturais, científicos, técnicos, educacionais etc) do jurídico que influenciam sobremaneira a concretização da previsão constitucional sem descuidar também dos casos em que “uma quantidade considerável de leis desempenham funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto³³”.

Pela amplitude, é fácil entender que a norma não se esgota em seu processo de criação, e sua concretização ocorre no decorrer de sua existência.

É necessário entender que a norma jurídica, e em especial a norma constitucional, é um processo que não se esgota apenas no processo legislativo clássico e suas formalidades. A norma constitucional é produzida no decorrer do processo de concretização³⁴.

Deste paradigma, o ativismo judicial, como acontece com toda inovação jurídica, sofre diversas críticas. Uma delas encontra apoio no fato de que, diante dos direitos sociais, a norma constitucional aplicável está positivada na forma de normas programáticas alcançáveis por meio de políticas públicas e não por decisões judiciais. Assim descreve Luis Roberto Barroso,

³³CARVALHO MIRANDA, apud NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática:** mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176514> Acesso em 30 jul 2014.

³⁴GOMES DA SILVA, Alessandro Rodrigues. Op. cit. 2008, p. 43.

A primeira e mais frequente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apoia na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática. O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais³⁵.

De outra feição argumentativa, ainda no enfoque da crítica no tocante à “separação dos poderes”, na vertente constitucionalista há a exigência do respeito aos direitos fundamentais, o que leva à admissão do ativismo como forma de concretização.

É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador³⁶.

Assim ressurgem o papel do judiciário apoiado na doutrina da efetividade das normas constitucionais,

O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido³⁷.

Com esses apontamentos, introduzem-se os efeitos das decisões proferidas pelo judiciário, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, quanto nas demais esferas jurídicas, que, em um primeiro momento, são voltadas ao alcance dessa concretização social das normas programáticas fundamentais.

O “titular do poder simbólico é o povo e ele deve aprender mais sobre suas leis e sua constituição, a fim de não deixar sua efetivação apenas nas mãos do Estado e dos que a interpretam [...]”³⁸.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. 2011. 105.

³⁶ Idem, p. 96.

³⁷ Idem, p. 92.

³⁸ GOMES DA SILVA, Alessandro Rodrigues. Op. cit, 2008, p. 60.

Se apresenta assim, a indicação de um direito reflexivo, baseado em uma maior flexibilização do anterior caráter autoritário do direito, bem como sua dispersão em vários níveis de formulação. Este fenômeno refere-se á delegação de poder de negociação das instituições jurígenas clássicas para partidos políticos em disputa e a introdução de processos quase-políticos da formação da vontade e do compromisso.

No que tange ao Direito Constitucional, teríamos a desconstituição da Constituição como pacto fundador e legitimador da organização social racionalmente concebido. Garantia da mudança através da construção de rupturas, rupturas essas que consistiriam na mudança de paradigmas, uma desconstrução normativa que partiria da mudança ideológica constitucional. Modelo este que poderia obter sucesso no atual contexto histórico, que a comunidade brasileira atravessa.

Por fim a crítica se assenta no tocante ao compromisso básico do Estado Democrático de Direito que é a harmonização de interesses que se situam em pelo menos três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado; a esfera privada, em que se situa o indivíduo; e um segmento intermediário, a esfera coletiva (terceiro setor), em que se têm os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais.

CONCLUSÃO

O Brasil é um Estado que, em face de seus textos escritos analíticos postos pelos representantes do povo, têm de tudo para o alcance da realidade, em conformidade com os avanços até então almejados.

Pode se perceber, todavia, que a Constituição não é necessariamente, um instrumento capaz de modificar a realidade de um país, eis que construções normativas não possibilitam, muitas vezes, a modificação da realidade social. Não é através de criações ilusórias que se efetiva anseios dos cidadãos.

Os direitos sociais, sejam eles direitos programáticos ou não, são direitos que foram instituídos com vistas à garantia do mínimo existencial consubstanciado no tão argumentado princípio da “dignidade da pessoa humana”.

Dignidade pressupõe condições de exercício de direitos. Exercício pressupõe aplicação e efetividade das necessidades vitais básicas tão sonhadas pelo povo brasileiro.

Nota-se, em alguns casos, a insuficiência das retóricas legislativas e das afirmações de que a Constituição detém força normativa. Aliás, deter força normativa não é ter sua existência simplesmente consubstanciada em uma folha de papel.

Tal necessidade não é de criação de instrumentos jurídicos para que o judiciário diga o direito sem sua aplicação fática. Não é simplesmente a regulamentação das normas definidoras de direitos sociais básicos. É preciso, antes de tudo, tradução na realidade brasileira, quer dizer, a plena conformidade entre o direito e a realidade.

É inadmissível que após 25 anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda se utilize como argumento para que o Estado fique inerte ao fato de que os direitos sociais são direitos simplesmente programáticos, impossibilitando sua exigência pela população. Não se pode admitir que os direitos sociais básicos fiquem na dependência econômica do Estado. Aliás, retórica passível de críticas em face do dispêndio significativo de recursos públicos em estádios de futebol enquanto ainda se observam problemas graves decorrentes da não concretização desses direitos.

É impreterível e inegável que a realidade da República Federativa do Brasil não é a mesma de antes. Houve de fato transformações políticas, sociais e econômicas. Houve certas adaptações na construção de outra realidade constitucional.

Mas, ainda assim, não se pode deixar de observar que a Carta Constitucional estabeleceu direitos que, apesar de serem intitulados “fundamentais”, carecem de plena eficácia social.

Criar políticas públicas e proferir decisões sem garantir verdadeiras condições de acesso é a mesma coisa que engendrar letras sem qualquer auferição de êxito, funcionando como molas sem propulsão, feito sem extensão de sucesso.

Por fim, insurge um ponto importante de se observar: se o legislador fica vinculado às disposições constitucionais, se a constituição tem sua força normativa e se o detentor do poder constituinte é o povo, então por que não se garante de forma plena a aplicação da norma constitucional tal qual como quis a sociedade por meio de seus representantes? A resposta a esta pergunta é o caráter simbólico fortemente presente nas Cartas Constitucionais.

O problema do Estado Brasileiro Democrático de Direito talvez decorra da ausência de participação popular nos espaços democráticos. O Brasil precisa de atuação mais efetiva de forma a tentar impulsionar a transformação da realidade social concretizando as normas constitucionais e, em última análise, fazendo valer os direitos mínimos existenciais e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A.DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo. Martins Fontes.2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., Malheiros. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3º Ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo.Saraiva.2012.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Disponível em: <http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/X8K3WUHNT4.pdf> Acesso em 26 Set 2013.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo. Saraiva. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

COUTO SANTOS, Marcos André. **A efetividade das normas Constitucionais: As normas programáticas e a crise Constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15381-15382-1-PB.pdf>>. Acesso em 04 Out 2013.

DANTAS, Miguel Calmon. **O dirigismo Constitucional sobre as políticas públicas**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/miguel_calmon_teixeira_de_carvalho_dantas.pdf> Acesso em 25 Set 2013.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Curso completo de Direito Constitucional**. Brasília. Vestcon. 2006.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Direito Constitucional**. Brasília.Vestcon.2006.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo. Saraiva.1998.

DONIZETTI, Elpídio. **Ações Constitucionais**. 2º Ed.2010, São Paulo. Atlas .

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro.Lumen Juris. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspecto do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo Saraiva.2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2011.

GOMES DA SILVA, Alessandro Rodrigues. **O Poder simbólico da Constituição e o Controle de Constitucionalidade**. Brasília, Thesaurus, 2008.

GRIMM, 1996. apud NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/17650518647.pdf?sequence=3> Acesso em 17 ago 2013.

GUSFIELD, 1967, apud NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176514> Acesso em 30 jul 2014

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. II. **Teoria de laAcción Comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987. v. 1.

KRELL, J. Andreas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos** (uma visão comparativa) Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>> Acesso em 21 Set 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo. Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7º Ed. São Paulo Saraiva 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva.2010.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo. Martins Fontes. 2011.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>> Acesso em 22 Set 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo. Método. 2011.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional sistematizado**. Rio de Janeiro. Forense. 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo. Saraiva. 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf> Acesso em 15 Set 2013.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. São Paulo. Malheiros. 2002.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

ROUANET, Sergio Paulo. **As Razões do Iluminismo**. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1: A crítica da razão indolente - contra o desperdício da experiência.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre. 10ª edição. 2011. Livraria Revista do Advogado.