

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Lucas Gonçalves da Silva, Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-288-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

A sociedade brasileira continua fortemente marcada pelo processo de transição democrática que permitiu a adoção da atual Constituição brasileira de 1988. De fato, o desafio da nova Constituição brasileira continua sendo o da efetividade. Se no final dos anos noventa a problemática da efetividade da Constituição encontrou no Judiciário um espaço de pressão para a concretização dos direitos sociais, a atualidade da crise econômica e política questiona fortemente a atuação do Judiciário que cotidianamente se envolve em questões políticas e sociais.

O GT Constituição e Democracia I nos ofereceu primeiramente uma série de trabalhos críticos sobre a atuação do Judiciário. A problemática da legitimidade desloca a expectativa de efetividade da Constituição para o espaço democrática de decisão política. Observa-se não somente a crise de legitimidade dos poderes do Estado, mas sobretudo, surge uma nova expectativa de participação política que não se contenta com os instrumentos do sistema representativo, exigindo uma escuta da vontade das ruas, dos movimentos sociais, das manifestações apartidárias, que ultrapassam claramente a vontade dos representantes eleitos ou selecionados pelos concursos públicos de provas e títulos. As críticas e questionamos fundamentos no espaço democrática de decisão política denunciam os limites do constitucionalismo brasileiro pós-1988, ou de outro modo, pós-transição democrática. Com efeito, novo constitucionalismo exige respeito ao texto constitucional; sinceridade na aplicação dos valores e princípios constitucionais e, sobretudo, reconhecimento da diversidade cultural marcada pelo pluralismo jurídico e à crítica ao positivismo das decisões de Justiça.

Pensar a diversidade cultural, econômica e social no Brasil contemporâneo implica necessariamente enfrentar escolhas antagônicas no debate político e partidário, cujo único ponto de contato seria a promoção da justiça social. De fato, a problemática da efetividade da Constituição deixa de ser um objetivo em si mesmo, para despertar a importância sobre o método de promoção dos direitos constitucionalmente protegidos.

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

INSINCERIDADE CONSTITUCIONAL: CAUSA OU CONSEQUÊNCIA DA CRISE DEMOCRÁTICA?

INSINCERIDAD CONSTITUCIONAL: CAUSA OU CONSECUENCIA DE LA CRISIS DEMOCRÁTICA?

Ubirajara Coelho Neto
Adriana do Piauí Barbosa

Resumo

Com a emergência do neoconstitucionalismo, a Constituição passa ao centro do ordenamento jurídico. Contudo, do cotejo dos dispositivos constitucionais, constata-se que sobrevivem artigos destituídos de efetividade. Neste ínterim, emerge a ideia de constitucionalismo simbólico, da constituição-álibi, na qual o texto constitucional não existe para ser concretizado, mas para acalentar anseios sociais e aumentar a confiança do povo no Estado. A insinceridade constitucional afrontaria o ideário democrático, ao garantir que interesses diversos daqueles do povo prevalecessem. Neste cenário, apresenta-se a insinceridade constitucional como consequência da crise democrática.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Insinceridade constitucional, Constitucionalização simbólica, Crise democrática

Abstract/Resumen/Résumé

Con la aparición del neoconstitucionalismo, la Constitución va al centro del ordenamiento jurídico. Sin embargo del análisis de los dispositivos constitucionales, se constata que sobreviven artículos que carecen de efectividad. Mientras tanto, emerge la idea del constitucionalismo simbólico, de la constitución-álibi, en la cual el texto constitucional no existe para ser concretizado sino para contener las expectativas sociales y aumentar la confianza del pueblo en el Estado. En estas circunstancias, la insinceridad constitucional afrenta el ideario democrático al garantizar que prevalezcan intereses distintos del pueblo. En este escenario, se muestra la insinceridad constitucional como consecuencia de la crisis democrática.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitucionalismo, Insinceridad constitucional, Constitucionalización simbólica, Crisis democrática

1 Introdução

Estima-se que, há cerca de 200 mil anos, surgiu na terra a espécie do *homo sapiens*. À época, estudiosos especulam que houvesse outras espécies humanas no globo terrestre. Porém, por alguma aleatoriedade, as demais espécies sucumbiram e, hoje, remanesce apenas a o do *homo sapiens*.

Talvez por falta de modéstia ou ainda por reconhecimento de notória superioridade demonstrada ao longo dos anos, os indivíduos da espécie humana sobrevivente se denominam *sapiens*, ou seja, sabedores, detentores do saber.

A observação do funcionamento do mundo, assim como a construção de leis de regência de fenômenos naturais e sociais foram fatores determinantes para a sobrevivência da espécie. Nesse diapasão é que, no estudo que se propõe, partir-se-á da propositura de um problema, da eleição de hipóteses, da persecução de um método, para, por fim, atingir uma resposta ao problema que se colocou.

Em linhas muito singelas, tem-se a utilização de um método científico com o escopo de atingir uma constatação acerca de um problema que se coloca.

No caso em apreço, objetiva-se analisar o fenômeno da insinceridade constitucional, caracterizada pela existência de dispositivos constitucionais carentes de efetividade, no atual momento de constitucionalização do Direito. Pretende-se também, a partir da constatação de remanescente e não superada insinceridade constitucional relacioná-la à ideia de crise democrática.

Por conseguinte, o problema que se coloca é aquele relativo a ser a insinceridade constitucional causa ou consequência da crise democrática. Com o escopo de alcançar a solução pretendida, analisar-se-ão os conceitos de constitucionalismo contemporâneo, insinceridade constitucional e crise democrática.

2 Constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo

Se, outrora, a Constituição era tratada como simples carta política de intenções, hodiernamente, é corrente o discurso de que ela possui força normativa e que a sua influência se espalha por todos os ramos do ordenamento jurídico. Sem embargo da atual importância atribuída ao texto constitucional, urge salientar que tal proeminência é um fenômeno recente e que a fim de entendê-lo mister se faz breve incursão na história do pós-positivismo.

Antes, porém, abrem-se parêntesis para ressaltar que a vida em coletividade e o Direito possuem nascedouro em momentos próximos e de difícil indicação temporal,

haja vista que, com os primeiros grupamentos humanos, normas de comportamento foram criadas. Tal ideia é expressa no brocardo romano *ubi societas ibi ius*, ou seja, onde há sociedade, há direito.

Nesse ínterim, é de se concluir que sem a existência de regramentos, não seria possível a vida em sociedade, dado que se cada indivíduo fizesse o que quisesse, viver-se-ia na balbúrdia, no mais absoluto caos.

Nesta senda, surge o Direito com o desiderato de ordenar a vida em sociedade. *In casu*, a análise se cingirá à construção do ideário neoconstitucionalista no mundo ocidental, que encontra influência na tradição greco-romana e na tradição judaico-cristã (BARROSO, 2013, p. 26).

Colocadas tais cogitações sobre o momento de surgimento do Direito, passa-se à análise do contexto de aparecimento do pós-positivismo, para, em seguida, apresentar a ideia de neoconstitucionalismo.

Com o desiderato de compreender o que vem a ser o pós-positivismo, imperioso se faz o conhecimento do que são o jusnaturalismo e o juspositivismo.

O jusnaturalismo, de acordo com Barroso (2013, p. 257), “consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independe do direito positivo.”

Destarte, o Direito Natural ou o jusnaturalismo seria aquele presente na consciência dos povos, que independe de normatização positiva e que seria imanente a todos. Inicialmente, o Direito Natural encontra supedâneo no divino, na religião, para, em momento posterior, concentrar as suas atenções na razão humana.

Mostra do discurso jusnaturalista é evidenciada na fala de Antígona, célebre personagem de Sófocles (2003, p. 25), em obra homônima, a qual, explicitando a ideia do Direito Natural, ao confrontar o rei, que determinara que o seu irmão não poderia ser enterrado, devendo perecer ao relento, assim se posicionou, *in litteris*:

A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são as leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram.

Por conseguinte, seria o jusnaturalismo atemporal e igual em todas as partes do mundo, uma vez que inerente à consciência humana. A ideia do Direito Natural consistiu em grande avanço, uma vez que previa, para todos, guardadas as devidas proporções, direitos, contribuindo, sobremaneira, para as revoluções liberais.

O movimento, contudo, encontrou o seu ápice e decadência com o “advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais e o êxito no movimento de codificação” (BARROSO, 2013, p. 260).

O jusnaturalismo, com a codificação, demonstrou-se obsoleto e retrógrado, consistia no conservadorismo, ao passo que o discurso científico surgia como o mais moderno e mais avançado. Ao Direito, caberia aprimorar-se e esquecer o discurso metafísico.

Nesse diapasão e com tal escopo de cientificização, surge o positivismo ou o juspositivismo. O Direito passa a ser visto como uma ciência e a norma confunde-se com ele, consistindo em domínio asséptico do regramento, com ideais de completude, objetividade, cientificidade, estatalidade e neutralidade.

Tal ideia é brilhantemente evidenciada pelo Prof. Luís Roberto Barroso (2013, p. 251-252), senão veja-se:

A ciência do Direito – ou também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e autossuficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separada da filosofia do Direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a sua própria estrutura, para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Tal ideia de completude do Direito e possibilidade de resolução de quaisquer problemas que lhe são submetidos ainda encontra forte eco e aceitação no ideário popular, o que é diuturnamente constatado por meio da exigência de criação de novos diplomas legais. Como se a simples criação da norma possuísse o condão de expurgar do mundo real qualquer mal.

Contudo, a observação e prática do Direito demonstram que a simples criação da norma e a inflação legislativa não são o suficiente para o fim dos problemas sociais, assim como que não podem, e é desejável que assim o seja, acompanhar a dinamicidade da vida em sociedade.

Assim, se a ideia do juspositivismo consistiu no soerguimento da norma positivada como solução para todos os problemas, o chamado “fetiche” da lei conduziu também a situações desastrosas, afinal não se pode olvidar que todas as arbitrariedades cometidas no regime nazista, *verbi gratia*, aconteceram com o respaldo da lei.

Como preconiza Barroso, o “fetiche” da lei consistiu em imaginar que tudo que viesse travestido de lei era bom, justo, completo e correto, pouco valor se dava ao conteúdo se a embalagem estivesse adequada.

Entrementes, mormente após a Segunda Grande Guerra Mundial, exsurge na coletividade ocidental a necessidade de um sistema que possuísse a segurança do positivismo, mas que não permitisse a repetição da barbárie outrora praticada sob a sua tutela.

Alguns pregaram o retorno do jusnaturalismo, porém não se queria perder a segurança da norma positivada. Dessa maneira, irrompe a ideia de um sistema que mesclava a existência de princípios gerais, expressos ou implícitos, com a da norma

positivada. A norma positiva deveria ser interpretada em conjunto com princípios gerais. Eis o que se denomina de pós-positivismo.

Para Barroso (2013, p. 264):

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.

É no contexto do pós-positivismo que a Constituição, antes vista como simples carta política de intenções, encontra o seu marco filosófico. Se antes, a Constituição existia e não possuía, de fato, efetividade, no contexto do pós-positivismo, ao menos em tese, ela se desloca de uma posição marginal e passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico, de forma que todas as normas infraconstitucionais devem se submeter à filtragem constitucional, ou seja, somente serão reputadas válidas se condizentes com as diretrizes constitucionais. Tudo o mais que for contrário à Constituição será reputado inconstitucional ou não recepcionado, acaso se trate de legislação pretérita à promulgação do texto constitucional.

Nessa pisada, enuncia o prof. Barroso (2013, p. 26) ser o constitucionalismo, “em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*)”.

Com a Constituição erigida à posição de destaque, algumas mudanças substanciais passaram a se fazer necessárias, quais sejam: a constitucionalização das demais searas do saber e o controle de constitucionalidade, que, no sistema pátrio, na forma difusa, pode ser realizado por todos os magistrados, desde o Juiz Substituto aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Nessa perspectiva, assevera-se que o povo, do qual emana todo o poder, nos termos parágrafo único, do art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, estaria, com o destaque da Constituição, imbuído de sentimento constitucional.

Todavia, o que viria a ser o sentimento constitucional?

Em consonância com os escólios de Daniel Sarmiento (2012), para além da necessidade de um texto constitucional, está a premência de uma cultura constitucional. Aduz o referido autor que “Karl Loewenstein designou de sentimento constitucional este elemento psicossocial e sociológico, de cuja presença tanto depende o sucesso da experiência constitucional em cada Estado.” Contudo, de acordo com Daniel Sarmiento,

Não se exige para tanto nenhum tipo de culto fetichista ao texto constitucional pelo cidadão, como se ele fosse provido de alguma sacralidade. Pelo contrário, a idolatria constitucional, ao fechar os olhos para as imperfeições da Constituição, pode anestesiar o espírito crítico e limitar a imaginação institucional, recursos essenciais para a luta por justiça. Mas é necessário, para a vitalidade da experiência constitucional, que o cidadão comum se identifique com os valores e princípios básicos da sua Constituição, tomando-a como algo valioso e importante, que também é seu, e não como um mero instrumento técnico-jurídico do mundo dos advogados.

À vista disso, conquanto seja corrente o bravejar acerca do avanço constitucional e da sua posição privilegiada no ordenamento jurídico pátrio, fenômeno que encontra replicação no cenário ocidental, o sentimento constitucional deve estar entronizado no ideário popular, sob pena de carência de efetividade constitucional.

Nesse cenário, do perscrutar da realidade vivida, com o fito de identificação da real existência de um sentimento constitucional, é que se insere o discurso da insinceridade constitucional e da constitucionalização simbólica. Até que ponto a Constituição, de fato, é efetiva? Ou melhor, até onde ela foi criada para, de fato, funcionar? Existiriam, no texto constitucional, elementos que somente ali figuram para conter os “ânimos” sociais?

Tais questionamentos, entretanto, somente, podem ser respondidos após investigação sumária do que vem a ser a insinceridade constitucional e a constitucionalização simbólica. É o que se passa a fazer.

3 Insinceridade Constitucional e Constitucionalização Simbólica

É assente doutrinariamente que o primeiro diploma legal do mundo a inaugurar o modelo constitucionalista foi a Constituição dos Estados Unidos da América, datada de 1787, promulgada com sete artigos.¹ A aludida Constituição permanece em vigor, com os mesmos sete artigos iniciais e vinte e sete emendas, insertas ao longo de seus 228 (duzentos e vinte e oito) anos de existência.

Por seu turno, a atual Constituição brasileira possui 250 (duzentos e cinquenta) artigos, data de 1988 e possui 91 (noventa e uma) emendas, no decorrer dos seus quase 28 (vinte e oito) anos de existência.

Um paralelo entre as duas Constituições leva à constatação de que, nos Estados Unidos, berço do modelo constitucional, é promulgada, em média, uma emenda a cada 9 (nove) anos, um pouco menos. Ao passo que, no Brasil, é criada uma emenda a cada quatro meses, um pouco menos.

O que explicaria tal disparidade entre as duas constituições?

No que diz respeito à grandiosa quantidade de artigos existentes na Constituição brasileira, a explicação de uso corrente é aquela de que, após longo período ditatorial, no qual inúmeras arbitrariedades foram cometidas, tais como a prática diuturna da tortura; a censura, com a conseqüente impossibilidade de livre manifestação do pensamento; a invasão domiciliar; prisões arbitrárias; violação às regras processuais, para citar algumas, necessário se fazia o assegurar, expressamente, direitos e garantias.

¹ USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Constituição dos Estados Unidos da América – 1787. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

Assim, o grande número de artigos da Constituição brasileira se deveria ao período de redemocratização e como forma de atender aos anseios populares e evitar a repetição das mencionadas condutas condenáveis. Destarte, imperioso se fazia o figurar expresso de tais direitos e garantias.

Contudo, a simples análise do texto da Constituição de 1967 (BRASIL, 1967), alterado pela Emenda Constitucional nº 01/1969, coloca tal asserção em xeque, senão veja-se:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

[...]

§ 10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

[...]

§ 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

[...]

§ 14 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

§ 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

Ora, não se está a falar da Constituição de 1988, mas da Constituição de 1967, promulgada durante o período ditatorial e integralmente alterada por meio da Emenda Constitucional nº 01/69. Isto posto, é de se concluir que, no texto constitucional do período dito repressivo, estavam assegurados diversos direitos que o movimento constitucional de 1988 afirmava possuir a necessidade de se encontrarem expressos no novo texto constitucional. Contudo, a simples leitura da Constituição de 1967 demonstra que tais direitos e garantias já se encontravam expressos.

Constituiria mero discurso erístico?

Nesta ocasião, preparado está o terreno para a apresentação do conceito de insinceridade constitucional. É certo que, durante os anos de 1964 a 1984, o Brasil, assim como muitos outros dos países latino-americanos, viveu período de ditadura militar e que, durante o referido lapso temporal, eram recorrentes as notícias de prática de tortura, censura e realização de prisões arbitrárias. Nada obstante tais asserções, também é inegável que o texto constitucional à época vigente condenava tais práticas.

Dessa forma é que Luís Roberto Barroso (1996, p. 59), discorrendo sobre o fenômeno da insinceridade constitucional, preleciona que: “Não é incomum a existência

formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido.”

A Constituição, ainda em consonância com Barroso (1996, p. 61-62), diante do quadro de insinceridade constitucional, “transforma-se, assim, em um mito, um ‘mero instrumento de dominação ideológica’, repleta de promessas que não serão cumpridas”.

Sobre o tema, José Adércio Leite Sampaio (2006, p. 103), na obra *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*, preconiza o seguinte, *in verbis*:

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

Desta forma, o fenômeno da insinceridade constitucional se cingiria às constituições anteriores à de 1988, após a qual, todas as normas constitucionais se revestiram de efetividade e entronizaram no ideário popular o já citado sentimento constitucional.

Se, na teoria, a insinceridade constitucional foi superada pelo movimento do constitucionalismo, com a conseqüente constitucionalização de todas as áreas jurídicas, a filtragem constitucional, o controle de constitucionalidade e a judicialização das relações sociais, na prática, o resultado não parece ser o de sobrepujamento.

Com o escopo de comprovar a atual existência da insinceridade constitucional, apresentam-se alguns excertos do texto constitucional (BRASIL, 1988) que, a despeito dos quase 28 anos da Carta Magna, continuam inoperantes e carentes de plena efetividade.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

[...]

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

À primeira disposição constitucional poderia se opor as seguintes manchetes: “Novo salário mínimo não é suficiente para viver bem, diz leitor” (GALLIEZ, 2015). Ou ainda: “Salário mínimo deveria ser de R\$3.470, aponta Dieese” (TERRA, 2015).²

Por seu turno, ao segundo comando constitucional, exsurge a seguinte notícia: “STF limita direito a greve de funcionários públicos” (FREITAS, 2007).

Por fim, ao último inciso destacado, irrompe o seguinte informe: “Imposto sobre grandes fortunas renderia 100 bilhões por ano” (TRUFFI, 2015). E ainda: “Imposto sobre grandes fortunas volta à discussão: projeto estima ganhos de R\$12,7 bi” (MORTARI, 2015).

Sendo assim, demonstrado está que, o atual texto constitucional, inobstante todo o clamor com que é ovacionado, também possui diversos dispositivos carentes de efetividade. Seria isso reflexo de um não superado discurso de insinceridade constitucional?

Com o escopo de apresentar possível resposta à pergunta que se colocou, passa-se à curta análise do que vem a ser a constitucionalização simbólica, assim como de suas três variações possíveis. Para então, com investimento da conceituação básica acerca da constitucionalização simbólica, realizar paralelo entre as atuais disposições constitucionais carentes de efetividade e a insinceridade constitucional.

Marcelo Neves, na obra *A Constitucionalização Simbólica*, a partir dos estudos de Luhmann, desenvolve o estudo acerca da constitucionalização simbólica e da sua aplicabilidade nos países periféricos.

Para Neves (2011, p. 33),

[...] quando, porém, a nova legislação constitui apenas uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica.

Destarte, depreende-se do excerto acima que não se atribui a toda e qualquer legislação o caráter de simbólica, mas àquela aparentemente criada para conter anseios populares, como forma de resposta estatal, ainda que carente de efetividade.

Nesse diapasão, de posse dos estudos desenvolvidos por Kindermann, Marcelo Neves afirma que a legislação simbólica seria possível para a: a) confirmação de valores sociais; b) atuação como legislação-álibi; e c) utilização como fórmula de compromisso dilatatório.

A legislação simbólica, segundo Neves (2011, p. 33), é utilizada com o fito de confirmação de valores sociais quando:

[...] grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores vêem a ‘vitória legislativa’ como uma

² O salário mínimo em vigor, de acordo com o Decreto nº 8.618/2015, é de R\$880,00 (oitocentos e oitenta reais).

forma de reconhecimento da ‘superioridade’ ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei.

Em se tratando de legislação simbólica como forma de confirmação de valores sociais, uma leve visada aos debates sociais em voga demonstra a atualidade de tal tipo de legislação. Pululam exemplos, tal como o da criminalização da homofobia, o endurecimento do crime de estupro coletivo ou da pena do feminicídio. É certo que a criação ou alteração normativa não será suficiente para acabar com a homofobia, o estupro e a violência doméstica, contudo, para os grupos sociais, a conquista normativa, ainda que carente de efetividade, é uma luta que se coloca.

Por seu turno, a legislação simbólica como álibi, de acordo com Marcelo Neves (2011, p. 36), é aquela na qual se pretende “fortificar a ‘confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado.’” Em tal modalidade de legislação simbólica, o legislador, por meio de inovação legislativa, visa conquistar a confiança popular, ainda que a norma nunca produza os efeitos necessários. Trata-se de modalidade de discurso simbólico afeta ao período eleitoral.

Por fim, o último tipo de legislação simbólica seria aquela relativa à fórmula de compromisso procrastinatório, na qual a legislação se presta a “adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios” (NEVES, 2011, p. 41). Em tal caso, diante da impossibilidade de resolução de um impasse e da necessidade de apresentação de uma resposta, passa-se à expedição de diploma normativo que protraí para o futuro a solução.

Nas três modalidades supra indicadas, a legislação é criada com o desiderato de não ser aplicada, ela “nasce” carente de efetividade e se serve tão somente de símbolo da atuação do legislador, seja para satisfazer interesses de determinados grupamentos sociais, seja para arrefecer os ânimos populares ou ainda para procrastinar a apresentação de soluções a um ou vários problemas que se colocam.

Nesta senda, é que Marcelo Neves desenvolve a ideia de constituição como possibilidade de confirmação de valores sociais, como constituição-álibi, bem como constituição como fórmula de compromisso dilatatório e assevera que o modelo da Constituição simbólica encontra especial ressonância na modernidade periférica. Em consonância com Neves (2011, p. 175-176),

Tal ausência de concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional relaciona-se com um discurso fortemente constitucionalista na práxis política. De parte dos agentes governamentais, vinculados em regra à “sobrecidadania”, o discurso político aponta para a identificação do governo ou do Estado com os “valores” consagrados no documento constitucional. Sendo evidente que tais valores não encontram o mínimo de respaldo na realidade constitucional desjuridificante do presente, os agentes de poder desenvolvem a retórica de sua realização no futuro (remoto). A constitucionalização atua como álibi: o “Estado” apresenta-se como identificado com os valores constitucionais que não se realizam no presente por “culpa” do subdesenvolvimento da “sociedade.”

Desta forma, de posse de tais considerações, alcança-se a resposta para a questão colocada acerca da persistência de discurso de insinceridade constitucional. A

insinceridade constitucional, conquanto os inegáveis avanços de efetividade constitucional alcançados, continua a ser uma constante na realidade brasileira. A Constituição Federal pátria, conforme bem pontuou Marcelo Neves, ainda não passa de Constituição álibi, com a diuturna procrastinação de promessas não realizadas para um momento futuro e com a imposição de culpa aos seus “sobrecidadãos”.

Diante desta conjectura, a produção normativa, compreendida a construção constitucional, parece sofrer profunda laceração, dada a ausência de atendimento de anseios sociais na sua edificação. Outrossim, não se pode olvidar que a produção legiferante e constitucional deveria ser reflexo da vontade popular, exercida diretamente ou por meio de seus representantes eleitos, nos termos da Constituição Federal. A soberania popular, assim, subsistiria no ideário democrático.

Neste ínterim, a questão que se coloca é se a insinceridade constitucional consistiria em causa ou consequência de possível crise democrática.

4 Crise democrática

Consoante dito alhures, o desvirtuamento da produção constitucional poderia caracterizar ou ser caracterizado por eventual crise democrática. Tal construção de agrura da democracia sobreviria do fato de o povo, legítimo detentor do poder e eleitor daqueles que produzem a norma constitucional, possuir representantes que tergiversariam dos seus interesses.

Nesse diapasão, a ideia de deserção constitucional às expectativas populares, caracterizada pela insinceridade constitucional, consistiria em afronta à democracia, em tese, concebida como o governo do povo.

Entretanto, não há como aprofundar o tema da crise democrática sem antes esboçar algumas linhas sobre a democracia e o discurso a ela correlato.

Na atualidade ocidental, a maioria dos Estados nacionais se proclama democrática. A democracia, por conseguinte, após período de ostracismo histórico, “floresceu como uma nova religião mundial”, como explicitado por Wendy Brown (AGAMBEN et. al, 2010, p. 54, tradução nossa).³

Vive-se sob o “emblema democrático”, tal como bem pontuou Alain Badiou (AGAMBEN et. al, 2010, p. 15).

Contudo, salienta Giorgio Agamben (2010, p. 11) o seguinte: “Todo discurso sobre o termo ‘democracia’ hoje em dia está permeado por uma ambiguidade preliminar

³ No original: “[...] la democracia ha florecido como una nueva religión mundial.”

que condena ao mal-entendido aqueles que o utilizam. De que se fala ao falar de democracia?”⁴

Sobre o tema, Maxence Hecquard (2007, p. 27, tradução nossa) preleciona que:⁵

[...] a democracia se tornou uma referência obrigatória do discurso político. Com efeito, os Estados que não fazem referência a este sujeito, não ousamos dizer a este valor, nos seus documentos fundamentais sobre os quais repousa a sua constituição, são cada vez mais raros. Esta referência é evidente para as democracias ocidentais. No caso da França, é interessante pontuar que o tema “democracia” não está presente em nenhuma constituição revolucionária.

Do fragmento supra, capta-se que a referência à adoção, quase obrigatória, do modelo de Estado democrático, se trata de construção recente.

Vai-se além na análise: a edificação democrática, em verdade, mesmo no mundo ocidental, ainda possui bases franzinas, haja vista que, como pontuou Robert Dahl (2001, p. 11):

Um quinto dos habitantes do mundo vivia na China – que, em seus ilustres 4 mil anos de história, jamais experimentou um governo democrático. Na Rússia, que só fez a transição para o governo democrático na última década do século, a democracia era frágil e tinha fraco apoio.

Nesta toada, assevera-se que a democracia não se faz presente de forma consolidada nem no maior país do mundo, nem no país mais populoso do globo. A tal fato, acrescenta-se a realidade de que, até a década de 50, estimativamente, praticamente a metade da população humana sequer podia escolher seus representantes por meio do sufrágio, haja vista que o voto feminino é uma conquista recente na história da humanidade.

À vista disso, tomam-se de empréstimo as palavras de Agamben e questiona-se de que democracia se está a falar?

A democracia vivenciada hoje não é a mesma daquela vivida pelos gregos, ela apresenta contornos distintos a depender do estado nacional observado. É corrente a divisão entre democracias consolidadas e democracias em consolidação, apesar disso, ainda que se observem somente nações de democracia consolidada ou de democracia em consolidação, as silhuetas democráticas evidenciarão perfis desiguais.

Deste modo, ainda que seja frequente a utilização do termo democracia, a imprecisão em torno do seu significado é colossal.

A democracia, consoante se denota das linhas pretéritas, a despeito de ser diuturnamente ventilada, seja pelos meios de comunicação, pelas leis ou pelas propostas de campanha eleitoral, para citar alguns meios de veiculação, ainda que aparentemente

⁴ No original: “Todo discurso sobre el término <<democracia>> hoy en día está cruzado por una ambigüedad preliminar que condena al malentendido a aquellos que lo usan. ¿De qué se habla al hablar de democracia?”

⁵ No original: « [...] la démocratie est devenue une référence obligée du discours politique. En effet les États qui ne font pas référence à ce thème, nous n’osons dire à cette valeur, dans les documents fondamentaux sur lesquels repose leur constitution, son désormais très rares. Cette référence est bien sûr évidente pour les démocraties occidentales. Dans le cas de la France, il est intéressant de noter que mot <<démocratie>> n’est présent dans aucune constitution révolutionnaire. »

arraigada no íntimo das pessoas como a melhor forma de governo ou de legitimação política, não possui conceituação precisa. Muito pelo contrário, é árdua a tarefa de delimitação do que vem a ser a democracia e são muitas as discussões que procuram saber se ela de fato existe.

No presente estudo, não se arvorará uma tentativa de construção de definição de democracia, mas, será aceita a sua existência, assim como a presença de fatores que a degradam. A que se deveria a erosão democrática? E mais: seria a insinceridade constitucional fator de degenerescência da democracia ou seria reflexo do envilecimento democrático?

Indubitavelmente, a democracia se encontra em crise e isso é evidenciado pela apatia popular diante de escândalos de corrupção, pelo alto absentismo eleitoral e, cingindo-se ao objeto de estudo, pela insinceridade constitucional.

O que motivaria a crise democrática?

Sobre o tema, interessante o posicionamento adotado por Alain Badiou (AGAMBEN, 2010, p. 17, tradução nossa), no texto “El emblema democrático”, para ele, a democracia viveria em estado de constante ameaça em razão dos tipos subjetivos que lhe dão forma, “e cuja característica fundamental é o egoísmo (para reduzi-la a uma só palavra), e o desejo por prazeres menores.”⁶

Por seu turno, para Gauchet (2008), a crise democrática se deve ao “empoderamento” do Direito com relação às outras duas vertentes necessárias [política e história] para a democracia harmoniosa.

De sua banda, acerca do recorrente e atual fenômeno da judicialização, com o protagonismo do Poder Judiciário com relação aos demais poderes, Wendy Brown (AGAMBEN, 2010, p. 57, tradução nossa) aduz que “a governança dos tribunais é uma subversão da democracia.”⁷

Logo, seja qual for(em) o(s) motivo(s), é cediço que a crise democrática está instalada. Diante de tal cenário e em paralelo com o objeto de estudo sobre o qual se debruça, levantam-se duas hipóteses: 1) A insinceridade constitucional dá origem à crise democrática; 2) A insinceridade constitucional é originada a partir da crise democrática. Com o desiderato de saber qual a hipótese eleita como válida, premente se faz a apresentação da conclusão do estudo. É o que se faz a seguir.

5 Conclusão

A Constituição, com o marco histórico do pós-guerras, no mundo, e da redemocratização, no Brasil, deslocou-se de posição marginal e passou a possuir

⁶ No original: y cuya característica fundamental es el egoísmo (para reducirla a una sola palabra), y el deseo por los placeres menores.”

⁷ “[...] la gobernación de los tribunales es una subversión de la democracia.”

posição de proeminência no cenário jurídico. Se, outrora, a Lei Maior existia tão-somente com caráter de mera carta política de intenções, com o advento do constitucionalismo, ela emerge como norma fundamental do ordenamento, a partir da qual todas as demais normas devem buscar correspondência, sob pena de invalidade e exclusão do sistema.

Com o alçar da Constituição a posição tão privilegiada, aparentemente, superado estaria o discurso de insinceridade constitucional, tão frequente no período ditatorial. A insinceridade constitucional nada mais seria do que a vivificação do sentimento de constituição como mera declaração de intenções, carente de efetividade.

Sobre o cenário de insinceridade e seus reflexos no mundo concreto, Barroso (1996, p. 59) afirma que:

Por mais de uma razão, determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. De outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse público. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes.

Desta forma, por meio de condutas do Estado, aí incluídos os legisladores, administradores e julgadores, a Constituição careceria de efetividade, porquanto entre o seu texto e a sua aplicação existiria um abismo intransponível.

Poder-se-ia imaginar como superado o cenário de insinceridade e acreditar que, com o constitucionalismo e todas as suas decorrências, a Constituição afastou de si o discurso da insinceridade, porém não é o que evidencia a observação e prática.

A Constituição, talvez menos, continua a deter diversos dispositivos que carecem de regulamentação e que parecem ali insertos como forma de acalmar clamores públicos, de estimular a confiança de eleitores e, com isso, angariar votos. Muito mais importante que a palpabilidade do texto se mostra o alento de saber que existe uma norma a disciplinar uma dada conduta.

Nessa perspectiva, adota-se a conceituação, desenvolvida por Marcelo Neves, de Constitucionalização Simbólica. É certo que a Constituição possui muitas passagens dotadas de efetividade, se assim não fosse, seria insustentável a situação política e impossível a convivência social. Todavia, muitos fragmentos implantados no texto constitucional foram insertos de forma a atribuir caráter de álibi ao texto. Com a sua inserção, criou-se na população uma sensação de tranquilidade. A existência de dispositivo constitucional expresso passa a ser vista como bálsamo enlevante e emudecedor.

Contudo, não se pode olvidar que aquele que produz a norma constitucional, o constituinte, originário ou derivado, deverá fazê-lo em correspondência com os anseios populares. Afinal, o povo deveria ser o soberano detentor do poder e, como tal, pode exercê-lo de forma direta ou por meio de seus representantes. Entretanto, se os representantes eleitos produzem a norma constitucional de forma a ir contra os

interesses daqueles que representam, configurado está quadro de vicissitude democrática.

Tal agrura representada pela insinceridade constitucional seria, então, causa ou consequência da crise democrática?

Admitir que a insinceridade constitucional seja a causa da crise democrática equivaleria a vendar os olhos para uma série de outros elementos de deterioração da democracia, tais como a apatia popular, a ausência de politização das decisões populares, a condução legislativa de acordo com interesses privados, dentre outros muitos aspectos que poderiam ser trazidos a lume. O fenômeno da insinceridade, por conseguinte, é um dos reflexos da nefasta crise democrática que corrói e destitui do povo o legítimo exercício e posse do poder.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio; BADIOU, Alain; BENSÂID, Daniel; et al. **Democracia, ¿en qué estado?** 1. ed. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

_____. Decreto nº 8.618, de 29 de dezembro de 2015. Regulamenta a Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015, que dispõe sobre o valor do salário mínimo e a sua política de valorização de longo prazo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8618.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FREITAS, Silvana de. STF limita direito a greve de funcionários públicos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, out. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2610200702.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

GALLIEZ, Paulo. Novo salário mínimo não é suficiente para viver bem, diz leitor. **Folha de São Paulo**, Rio de Janeiro, jan. 2015. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/paineldoleitor/2015/01/1572579-novo-salario-minimo-nao-e-suficiente-para-viver-bem-diz-leitor.shtml>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

GAUCHET, Marcel. **La democracia**: de una crisis a otra. 1. ed. Buenos Aires: Nueva Visión, 2008.

HECQUARD, Maxence. **Les fondements philosophiques de la démocratie moderne**. Paris: François-Xavier de Guibert, 2007.

MORTARI, Marcos. Imposto sobre grandes fortunas volta à discussão: projeto estima ganhos de R\$12,7 bi. **Infomoney**, São Paulo, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/4249956/imposto-sobre-grandes-fortunas-volta-discussao-projeto-estima-ganhos>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

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

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SÓFOCLES. **Antígona**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 25.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TERRA. Salário mínimo deveria ser de R\$3.470, aponta Dieese. Acesso em: <<http://economia.terra.com.br/salario-minimo-deveria-ser-de-r-3740-aponta-dieese,a2a10b607b5b8a078a68f1f13a5e70c2nscx77gt.html>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

TRUFFI, Renan. Imposto sobre grandes fortunas renderia 100 bilhões por ano. **Carta Capital**, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/imposto-sobre-grandes-fortunas-renderia-100-bilhoes-por-ano-1096.html>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Constituição dos Estados Unidos da América – 1787. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 26 jun. 2016.