

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

A (SOBRE)POSIÇÃO DOS INFLUXOS DA POLÍTICA SOBRE O DIREITO E A (SIMBÓLICA) CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: O ROMPIMENTO DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E O SURGIMENTO DE UM ACOPLAMENTO ARTIFICIAL.

THE (ON)POSITION INFLOWS POLITICAL ON LAW AND CONSTITUTIONAL IMPLEMENTATION: THE BREAKUP OF THE STRUCTURAL COUPLING AND THE EMERGENCE OF AN ARTIFICIAL COUPLING.

Marilia Ferreira Da Silva

Resumo

A cultura que se mantém no constitucionalismo brasileiro de que normas constitucionais, categorizadas como normas programáticas, não consentem aos cidadãos que as invoquem de forma imediata, consagrou a sua natureza de mera expectativa, necessitando ser repensada, posta como um desafio para a construção de novos paradigmas no Direito e como objetivo de desenvolvimento do milênio. A ausência de plena e imediata aplicabilidade de parcela das normas constitucionais é uma disfunção provocada pelo próprio sistema jurídico, a partir de ingerências não mediatizadas do sistema político, com finalidades um tanto obscuras. O fundamento e as consequências dessa categorização que insulou normas constitucionais em um bloco carente de eficácia é vetor e consequência da hipertrofia simbólica da atividade legiferante, decorrência do factível descompasso entre Política e Direito que rompeu com o acoplamento estrutural e compeliu o Judiciário a atender às necessidades político-jurídicas, sem se preocupar com os efeitos sociais e normativos provenientes, num acoplamento artificial. Trata-se de típico caso de legislação simbólica, em que o legislador se descarrega de pressões públicas, confirma valores sociais e adia a solução das problemáticas sócio-político-jurídicas, intensificando e (re)afirmando o papel ideológico das normas constitucionais brasileiras, com o que o sistema se blinda, criando a imagem de um Estado que responde normativamente às demandas impostas, quando, na verdade, imuniza-se, manipulando e iludindo as massas.

Palavras-chave: Concretização constitucional; normas programáticas; política e direito; legislação simbólica.

Abstract/Resumen/Résumé

The culture that keeps on Brazilian constitutionalism that constitutional norms, categorized as program standards, do not allow citizens to immediately invoke the consecrated its nature as mere expectation, and needs to be rethought and is a challenge for the construction of new paradigms in law. The absence of full and immediate applicability of a portion of constitutional norms is a disorder caused by the legal system itself, from non- mediated interference of the political system, with obscure purposes. The plea and the consequences of this categorization insulou constitutional rules in a block of effectiveness is lacking vector

and subsequent hypertrophy of the symbolic legislating activity, due to the mismatch between feasible policy and law that broke with the structural coupling and compelled the judiciary to meet the political- legal needs, without worrying about the social and normative effects from it, an artificial coupling. This is typical case of symbolic legislation, in which the legislature is discharged to public pressure, confirms social values and postpones the solution of socio-politico-legal issues, and jurist intensifies and (re)affirms the ideological role of Brazilian constitutional standards with what the system is shielded, creating the image of a state that responds to the demands imposed normatively, and immunizes manipulating and deceiving the masses.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional implementation; programmatic standards; policy and law; symbolic law.

1 INTRODUÇÃO

A cultura que se mantém no constitucionalismo brasileiro de que normas constitucionais, categorizadas como normas constitucionais programáticas, não consentem aos cidadãos que as invoquem de forma imediata, assenta no (sub)consciente dos indivíduos, inclusive dos juristas, uma equivocada posição sobre a aplicabilidade das normas constitucionais e eleva sobremaneira as demandas que se submetem ao Judiciário, no intuito de se obter o seu cumprimento, consagrando o seu *status* de mera expectativa em detrimento de sua natureza de verdadeiros direitos subjetivos, a exemplo dos demais inscritos na Constituição.

Afinal, é a eficácia real das normas constitucionais que legitima a soberania popular e a supremacia constitucional, esta que para se realizar necessita que todo o povo, não obstante suas particulares expectativas, enxergue na Norma Ápice uma referência normativa materialmente justa e concretamente realizável, sob pena de se abrir ainda e sempre mais o fosso que distancia a norma e a realidade constitucional, maculando de ineficácia as normas constitucionais e comprometendo a sua concretização.

Todavia, a dúvida que move a pesquisa é desvelar até que ponto esta problemática que degrada o ambiente constitucional, a partir da incontestável existência de um vácuo entre a norma constitucional e a sua efetiva materialização na realidade social, promovida por institutos “oficializados” pela dogmática constitucional (regras e princípios, normas programáticas, graus de eficácia, dignidade da pessoa humana, enfim) é uma disfunção natural do sistema ou um mecanismo provocado por ele (o sistema) com finalidades diversas. Até onde vai o interesse do legislador ou do administrador em categorizar normas constitucionais quanto à sua eficácia e colocar em prática as políticas públicas exigidas pelos ditos preceitos constitucionais programáticos?

No desiderato, pois, de compreender este fenômeno secular que assola o Direito Constitucional brasileiro, mesmo que com roupagens sempre novas, o que de certa forma, e apenas aparentemente, rompe com um período de crise, iniciando um novo momento no Direito, passa-se a discorrer acerca desses institutos “oficializados” pela dogmática constitucional, buscando compreender quando se dá a concretização constitucional das normas programáticas, de que estar a depender e, especialmente, qual é o fundamento e as consequências da categorização que insulou normas constitucionais em um bloco carente de eficácia.

Como pressuposto à pesquisa, denota-se que subjacente à insígnia da eficácia das normas constitucionais e clássica divisão com especial relevo na doutrina jurídica clássica, tem-se, hoje, que se volver ao momento de sua concretização, como um elemento indispensável ao modelo de compreensão do atual estágio do Direito e da Teoria Constitucional.

Destarte, pretende-se, mediante pesquisa eminentemente bibliográfica, um incursão no debate sobre legislação simbólica, entendida para os fins aqui propostos, como uma derivação da hipertrofia simbólica da atividade legiferante, função e finalidade essencial do subsistema jurídico, decorrência do factível descompasso entre Política e Direito, no sentido de desvelar a legislação, especialmente a constitucional, no âmbito das chamadas normas programáticas, como um símbolo necessário à delimitação do limite tênue que há entre as necessidades político-jurídicas e o impacto social resultante delas.

2 A DOGMÁTICA DA CONCRETIZAÇÃO E EFICÁCIA (SIMBÓLICA) DA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos da sua história, uma Constituição real e verdadeira. É trivialmente sabido que Constituições não faltaram. “Antes pelo contrário, nesta matéria teremos mais pecado pelo excesso do que pela escassez” (BARROSO, 2009, p. 7). A diferença no tempo moderno não são as constituições reais e efetivas, mas, sim, as constituições escritas nas folhas de papel, cuja missão é estabelecer documentalmente, todas as instituições e princípios do governo vigente. Ocorre que uma Constituição nestes moldes é boa e duradoura quando corresponde à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Não sendo assim, é inevitável o surgimento de um conflito, onde esta modalidade de Constituição (folha de papel) “sucumbirá

necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país” (LASSALE, 2005, p. 64).

Em um raciocínio conclusivo a este respeito, Lassale afirma que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do Poder” (2005, p. 78).

A verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais de poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social. Caso contrário, revelam-se os desajustes, de forma drástica e insuperável, na realização objetiva do desiderato constitucional, atribuindo-se tal fato à eventual incapacidade de apreensão adequada da realidade social, impossibilitando, porém, uma correta moldagem da sua feição normativa fundamental.

No caso específico da experiência brasileira, Luís Roberto Barroso (2013, p. 4) ensina que a disfunção mais grave do nosso constitucionalismo se encontra na não aquiescência ao sentido mais profundo e conseqüente do Texto Maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que constroem uma realidade de poder própria, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

Então, fica evidente que a eficácia social de um texto normativo diz respeito à relação semântica da norma não só com a realidade social a que se refere, mas também com os valores positivos, de modo que só assim será obedecida, sendo considerada eficaz quando cumprida e aplicada concretamente.

Para tanto, é necessário que o texto constitucional tenha embasamento na realidade fático-social, sob pena de lhe ser furtada a eficácia social, não obstante haja eficácia jurídica, já que está desligada da realidade social, conduzindo-a a sua inaplicabilidade.

A norma constitucional, será eficaz se ela for, obedecida e aplicada pela autoridade, porque se adapta à realidade fático-social e aos pontos de vista valorativos da sociedade que visa disciplinar, eis, aqui, o estudo epistemológico que averigua se há no preceito constitucional aquela correspondência com os fatos e valores.

Luiz Wanderley dos Santos (2001) faz interessante classificação acerca do fenômeno eficaz positivo, apresentando os tipos de eficácia. Haverá (a) eficácia total, onde o poder constituinte elaborar preceitos constitucionais sem adiamentos de sua eficácia para ocasiões que mais lhe adequem e os destinatários normativos concretizam os efeitos jurídicos por eles visados, obedecendo-os. O poder constituinte e os órgãos públicos atuam, de acordo com a consciência social ou com o mundo fático. Essa contingência da efetividade político-normativa revela os valores positivos e a realidade social subjacente, que, por se apresentarem

como dados referenciais, consistem em parâmetros para a concreção dos efeitos jurídicos almejados pela norma constitucional. De outro modo, quando o poder constituinte, para atender questões políticas, adia, ou suspende, os efeitos do texto constitucional para o futuro ou quando emite norma constitucional que sabe da possibilidade de ser desobedecida, mas o faz, estar-se-á diante de uma (b) eficácia parcial.

O fenômeno eficaz negativo, por sua vez, também se subdivide em (c) total, se nascer uma nova constituição por ato revolucionário, ou por nova Assembleia Constituinte, onde haverá outro Direito; e (d) parcial, quando a norma cai em desuso, onde prevalecerão sobre as normas positivas preexistentes.

No que concerne às normas constitucionais e sua eficácia, impende breve digressão acerca da classificação atribuída, na doutrina brasileira, ao Prof. José Afonso da Silva (1998), para quem elas podem ser de eficácia plena e aplicabilidade imediata; de eficácia contida e aplicabilidade imediata e de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, mesmo não sendo o estudo aqui desenvolvido tributários de suas ideias, neste espectro.

As normas constitucionais classificadas como de eficácia plena e aplicabilidade imediata são aquelas que produzem todos os seus efeitos desde a entrada em vigor do texto legal que lhe traz, independentemente de complementação ou integração por norma infraconstitucional. Nas palavras de José Afonso da Silva (1998, p. 82), são as normas que recebem do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, isto é, não necessitam de providência normativa ulterior para serem aplicadas, situando-se predominantemente entre os elementos orgânicos da Constituição, criam situações subjetivas de vantagem ou vínculo que podem desde já serem exigíveis. São revestidas de todos os elementos necessários à sua executoriedade, tornando possível sua aplicação de maneira direta, imediata e integral, como por exemplo: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º, CF).

As de eficácia contida e aplicabilidade imediata se constituem naquelas que produzem a plenitude de seus efeitos, incidindo de forma imediata e podendo produzir todos os efeitos requeridos, mas que podem ter o seu alcance restringido por meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites e em dadas circunstâncias. Também têm aplicabilidade direta, imediata e integral, mas o seu alcance poderá ser reduzido em razão da existência na própria norma de uma cláusula expressa de redutibilidade ou em razão da consideração da proporcionalidade e da razoabilidade, segundo a quem se credita esta classificação. Porém, enquanto não materializado o fator de restrição, a norma tem eficácia plena. São exemplos dessa modalidade de norma constitucional os direitos insculpidos no art.

5º., inciso LVIII, da CF, onde se tem que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Por sua vez, a Lei nº. 10.054/00 (Lei de Identificação) restringe esta norma constitucional. O mesmo art. 5º, em seu inciso LVII, determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Porém, o art. 35 da Lei nº. 6.368/76 (Lei de Tóxicos) determina que pessoa condenada pelo seu art. 12 só poderá apelar quando se recolher à prisão. O referido artigo, por sua vez, foi recepcionado pela Constituição, de forma que a Súmula nº. 9 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que a exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia da presunção de inocência.

Também chamada de normas constitucionais de eficácia relativa, complementável ou dependente de complementação legislativa, ainda conforme a doutrina clássica, capitaneada por José Afonso da Silva (1998), as normas de eficácia limitada ou reduzida são as que não produzem, somente com a entrada em vigor, seus efeitos essenciais, dependendo da integração da lei infraconstitucional, mediante norma ulterior que lhes desenvolva a eficácia. Não contém os elementos necessários à sua executoriedade, produzindo um efeito mínimo, ou seja, o efeito de vincular o legislador infraconstitucional às suas determinações. Porém, enquanto não forem complementadas pelo legislador, a sua aplicabilidade é mediata. Após complementadas, tornam-se de eficácia plena. São exemplos delas o direito de greve preconizado pelo art. 37, VII, da CF¹.

A doutrina clássica, à guisa de complementação da teoria de José Afonso da Silva retro citada, ainda divide essas normas de eficácia reduzida em normas de princípio programático e normas de princípio institutivo ou organizativo.

As normas programáticas, definidoras de um conteúdo social, buscam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da consecução da democracia social. Estas normas, com especial enfoque às de caráter programático, serão especificamente tratadas no item seguinte, motivo pelo qual não se faz aqui maiores digressões.

As institutivas são as de conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações institucionais. São elas que viabilizam ao legislador

¹ Há que se intervir, neste ponto, para esclarecer que a ideia da classificação das normas quanto à sua eficácia, que compõe a doutrina clássica, capitaneada pelo Professor José Afonso da Silva, é mencionada pelo respeito à sua existência e à sua notoriedade no âmbito de que se trata, qual seja, a eficácia normativa. Porém, a pesquisa desenvolvida nesta dissertação não compartilha de suas conclusões, por não sujeitar a aplicabilidade das normas constitucionais a qualquer grau de eficácia que lhe comprometa a realização. Desta feita, não se coaduna com o entendimento clássico arraigado na doutrina constitucional e na consciência jurídica dos estudiosos do tema que dividem tal posicionamento, por acreditar que a norma constitucional válida é aplicável em qualquer circunstância, sem depender de concessão de graus de eficácia por qualquer motivo.

constituinte traçar esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos.

Todavia, há que se denotar que subjacente à insígnia da eficácia das normas constitucionais e clássica divisão com especial relevo na doutrina jurídica clássica, tem-se, hoje, que se volver à sua concretização, como um elemento indispensável ao modelo de compreensão do atual estágio do Direito.

Mas o que se deve entender exatamente como concretização do Direito e, em específico, da Constituição? Indubitavelmente, vale destacar as palavras de J. J. Gomes Canotilho² ao dizer que a concretização da Constituição corresponde ao processo de densificação de regras e princípios constitucionais, processo este que vai do texto da norma para uma norma concreta, sendo este ainda um resultado intermediário, uma vez que o resultado final (a concretização, em si) apenas se alcançará com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais (2007, p. 1201). Normas de decisão que sejam produzidas para dizer o caso e não para serem vistas, num movimento propagandístico aparentemente inovador, cuja qualidade é subtraída em nome do conforto.

Para Lênio Streck (2011, p. 129), trata-se, em resumo, de consumir imagens e não texto. Por isto, talvez, não se consiga entrar no círculo hermenêutico, uma vez que não se trata de dialogar com o texto, mas com a imagem estática que dele deflui. A imagem possui, neste lugar, uma função de deslocar o sentido simbólico, limitando, por assim dizer, as possibilidades de deslocamentos (alocação de significantes e significados a partir do texto constitucional).

Em outras palavras, salienta J. J. Gomes Canotilho (2007, p. 1221), uma norma jurídica só adquire normatividade, verdadeiramente, diante de um caso jurídico, ou seja, através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir; seja mediante a concretização legislativa, a concretização judicial ou através da prática de atos individuais pelas autoridades – concretização administrativa. Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade atual e imediata através da sua passagem à norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa. É o que aqui se denomina de transmutação da norma da sua abstração para o

² Com seus ensinamentos, informa aos estudiosos do Direito a “morte da Constituição Dirigente”. A proximidade entre as Constituições do Brasil (1988) e de Portugal (1976), fizeram com que os estudos de Canotilho se acondicionassem perfeitamente com os anseios vividos pela sociedade brasileira, extraindo-se de tal fato a relevância das suas obras para o constitucionalismo brasileiro. Esse ilustre jurista contribuiu significativamente para a discussão sobre a vinculação do legislador aos fins constitucionais.

mundo fático do indivíduo, sem, contudo, degradar o ambiente jurídico pelo qual há que passar, necessariamente, neste processo de transmutação.

A respeito da concretização normativa da Constituição, Agassiz Almeida Filho (2010, p. 231), averba que o pressuposto básico da concretização constitucional é a abertura da Constituição. No sentido de que este documento institucional apresenta temas vagos, referências a padrões ou condutas cuja concretização depende essencialmente das ideias do momento, de modo que aos juízes e legisladores cabe uma complementação ou concretização posteriores, deslocando a regra para que a Constituição caminhe na direção da abertura semântica de suas normas e, desse modo, possa, equanimemente, ser aplicada ao destinatário.

Inobstante este posicionamento, o jurista aponta também as dificuldades decorrentes desta teoria da abertura das normas constitucionais, ponderando a falta de densidade do dispositivo constitucional que resvala numa dose aparentemente elevada de subjetivismo, em razão da amplitude da margem de atuação judicial, e o vazio material que esta abertura parece produzir. Acerca desse risco, entende J. J. Gomes Canotilho que a “Teoria da Constituição ‘Aberta’” ou avança para uma teoria material temporalmente adequada – quer quanto à extensão de sua legitimidade, quer quanto à consciência de seus limites – ou corre risco de, no fundo, estar a defender a perda da legitimidade normativo-constitucional em proveito de uma função de direção fático-política” (2001, p. 148).

Isto posto, pode-se dizer, como bem o faz Agassiz Almeida Filho (p. 233), que é determinante que a concretização normativa da Constituição se baseie em um claro substrato material, uma espécie de conteúdo axiológico e normativo conectado com a Constituição e com a vontade popular que a legitima.

As regras de Direito, portanto, consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser. A incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático o converte em fato jurídico e este necessita de normatividade, independentemente de ser classificado como seja.

Assim, a ausência, a deficiência ou a insuficiência dos elementos que constituem os pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Contudo, existindo o ato, ainda se sujeita a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua validade, averiguando se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição.

Todas as normas, entretanto, possuem normatividade e devem ser aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo, sem se apegar aos propagados graus de eficácia normativa, inerentes à doutrina clássica do direito constitucional que insiste em dividir as

normas constitucionais entre as que tem maior ou menor eficácia, aplicabilidade direta ou indireta. Isto porque não se deve atribuir a uma cláusula da Constituição valor meramente moral, ou de definição de programas e diretrizes, vez que todas devem ter força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos (SILVA, 2009, p. 5), prontas a serem imediatamente aplicadas ao caso concreto, exigindo, quando for o caso, a prestação positiva do órgão estatal competente.

Em sentido paradoxal, enfatizando a capacidade de as leis produzirem seus efeitos, todos os holofotes se ocuparam de iluminar a classificação da norma quanto à sua eficácia para se vislumbrar a possibilidade e limites de sua aplicação, deixando-se de lado a cogitação de saber se estes efeitos efetivamente se produzem, ou seja, se o Direito está sendo realizado, desempenhando concretamente sua função social, o que representa no mundo dos fatos a materialização dos preceitos legais e “simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (BARROSO, 2009, p. 83), o que, de fato, importa.

Em arremate, Barroso (2009, p. 86) compendia algumas considerações, deixando assentado que a perspectiva de um Direito Constitucional timbrado pela efetividade conduz aos seguintes pressupostos: (a) a Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter normativo da realidade social; (b) as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa; (c) as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados; (d) tais posições devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática.

Desta maneira, está a prática judicial obrigada à uma reflexão hermenêutica e metódica explícita, no sentido de repensar os próprios fundamentos utilizados e os debater amplamente em busca da melhor alternativa à norma de decisão, de modo que demonstre uma reflexão e uma escolha consciente não-arbitrária do caminho de concretização trilhado. Isto porque a abertura da Constituição (dinâmica jurídico-política do poder constituinte e a elaboração de uma Teoria Aberta da Constituição), defendida por A. Almeida Filho (2010, p. 234), precisa ser limitada pela racionalidade constitucional, estando aberta aos influxos da história, tanto por causa das alterações jurídico-políticas reclamadas pela evolução das expectativas jurídicas da comunidade, como em virtude da ampla gama de vetores culturais e axiológicos que coexistem em um mesmo espaço social.

A concretização legislativa da Constituição está vinculada aos mecanismos do Estado Constitucional³ para fazer valer a vontade popular, convindo afirmar que as distorções legislativas eventualmente criadas para atender as expectativas das minorias políticas devem ser sanadas por uma concretização judicial da Constituição pautada nos dispositivos legais pertinentes, na facticidade do caso e amparada no arcabouço axiológico-principiológico inaugurado pela Constituição de 1988, sem, contudo, levar à cume o tendencioso subjetivismo decorrente da abertura constitucional. Alerta-se, aqui, para o risco iminente de a hermenêutica se tornar uma metateoria do fenômeno da interpretação, dada à sua proximidade para com os aspectos retóricos da linguagem.

Marco Aurélio Marraffon (2011, p. 234) ordinariza essa problemática e afirma que tal é muito comum, exemplificando as teorias da argumentação na linha de Alexy. A argumentação, por sua vez, oferece uma dimensão ôntica à hermenêutica, que, atuando como limite, proíbe-lhe a assunção de qualquer compreensão, do mesmo modo que é, ela mesma, também um limite à pretensão de universalidade da retórica-argumentativa.

Esse é um dos modelos de realização do princípio democrático: a criação de critérios objetivos através dos quais vai guiar-se o processo político, sem deixar de lado, obviamente, a dimensão individual, que sempre é necessário ter em conta no momento de aplicar as normas constitucionais (ALMEIDA FILHO, 2010, p. 235-236).

Afinal, é a eficácia real das normas constitucionais que legitima a soberania popular, esta que para se realizar necessita que todo o povo, não obstante suas particulares expectativas, enxergue na Norma Ápice uma referência normativa materialmente justa e concretamente realizável, sob pena de se abrir ainda e sempre mais o fosso que distancia a norma e a realidade constitucional, maculando de ineficácia as normas constitucionais.

Mas, a dúvida que move a pesquisa é desvelar até que ponto esta problemática que degrada o ambiente constitucional, a partir da incontestável existência de um vácuo entre a norma constitucional e a sua efetiva materialização na realidade social, promovida por institutos “oficializados” pela dogmática constitucional (regras e princípios, normas programáticas, graus de eficácia, dignidade da pessoa humana, enfim) é uma disfunção natural do sistema ou um mecanismo provocado por ele (o sistema) com finalidades diversas.

³ Cuida-se de um sistema normativo fundamental do Estado Moderno, surgido paralelamente ao Estado Democrático. Foi ele fruto da evolução natural das ideias democráticas que surgiram na Europa e América do Norte, consolidando os direitos dos homens e cidadãos e a forma e funções do Estado em um texto que servisse de pilar de toda ordem jurídica, social e política de um Estado.

3 PRODUÇÃO LEGISLATIVA SIMBÓLICA E A CONSEQUENTE (IN)EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

A princípio, na tentativa de extirpar a confusão semântica em torno do termo “simbólico”, propõe-se, inicialmente, apenas de forma ilustrativa, a determinar o seu sentido dentro da temática abordada, a saber, a expressão “legislação simbólica”, conjugada com uma breve reflexão sobre o conceito, os tipos e os efeitos dessa natureza de produção legislativa, tomando-se tal expediente como pressuposto teórico para discorrer acerca da (in)eficácia das normas constitucionais brasileiras.

Como ensina Marcelo Neves, em excepcional abordagem do tema, os termos “simbólico”, “símbolo”, “simbolismo” etc., são utilizados nas diversas áreas da produção cultural, sem que haja especificamente uma predefinição do que venha a significar, cada um. A essa ausência de definição corresponde uma falsa ideia de que se tratam de expressões evidentes, as quais possuem entendimento compartilhado entre seus utentes. Na verdade, está-se diante de um dos termos mais difíceis de definição, um dos mais ambíguos termos da semântica social e cultural (NEVES, 2007, p. 5).

Em uma acepção filosófica mais abrangente, o termo “simbólico” é utilizado para indicar todos os mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade, distinguindo o comportamento e o pensamento simbólico como diferenças específicas do humano em relação ao gênero animal, sendo o símbolo o meio não natural de relação entre o homem e a realidade. Neste entendimento os símbolos seriam universais e extremamente variados, distinguindo-se, nesse ponto, dos sinais que estão relacionados de forma fixa e única com a coisa a que se referem.

A antropologia estruturalista de Lévi-Strauss preceitua que toda cultura pode ser considerada como um conjunto de sistemas simbólicos em cuja linha de frente colocam-se a linguagem, as regras matrimoniais, as relações econômicas, a arte, a ciência, a religião (NEVES, 2007, p. 7). Aqui se tem a estrutura social como um sistema simbólico.

Na psicanálise, conforme a teoria freudiana, a relação simbólica pode ser vista em sentido *latu*, como uma forma de intermediação entre o pensamento manifesto consciente e o pensamento latente inconsciente, isto é, vincula-se o “simbolismo” ao emprego de símbolos para representar na mente consciente conteúdos mentais inconscientes (NEVES, 2007, p. 7).

De acordo com a semiótica, símbolo é definido como um signo convencional e arbitrário, isto é, o símbolo seria um signo que se refere ao objeto que denota em face de uma

regra (“lei”) geral que opera no sentido de fazer com que o símbolo seja interpretado como se referindo àquele objeto.

Já para a sociologia, o símbolo está relacionado à formação da comunicação. Dentro de situações sociais altamente complexas e contingentes, os meios simbolicamente generalizados de comunicação possibilitam a continuidade da comunicação, servindo ao prosseguimento da conexão entre seletividade e motivação. Ademais, importa denotar a visão sociológica, uma vez que cumpre também àquele que estuda o Direito conhecer a perspectiva sociológica, impondo-lhe recusar as reduções do direito a uma visão puramente jurídica (GRAU, 2011, p. 33).

Pondo o sistema simbólico em conexão com o Poder, Bourdieu e Passeron o apresenta como veículo ideológico-legitimador do sistema político⁴. Nessa perspectiva, a que interessa à vertente pesquisa, não haveria uma distinção entre simbólico e ideológico. Porém, por outro lado, o sistema simbólico não serviria apenas à manutenção e reprodução da ordem política, advertindo-se que a revolução simbólica, apesar de supor a revolução política, serviria para dar a esta uma linguagem adequada como condição de uma plena realização (NEVES, 2007, p. 8).

Assim é que no âmbito da noção de política simbólica, desenvolveu-se especificamente a concepção do Direito como um simbolismo. Este entendimento considera o simbolismo como uma forma de reduzir a função do Direito à garantia ou assecuração das expectativas, para quem faz parte da função do Direito o reconhecimento de ideais que representam o oposto exato da conduta estabelecida, servindo tão mais para confortar que para guiar a sociedade, o que descambou, desde as duas últimas décadas do século XX, no paradoxal aumento dos encargos do Estado em conexão com a redução da capacidade do Direito de dirigir a conduta social.

Para Vincenzo Ferrari, o que importa considerar são “as finalidades efetivamente funcionalizadas pelo direito – e não as que deveria o direito funcionalizar (perspectiva axiológica) ou a sua contribuição objetiva à estabilidade, ao equilíbrio ou à vida de um sistema social” (GRAU, 2011, p. 30). Já para Kelsen, a função do direito é a de permitir a realização de fins sociais que não podem ser atingidos senão através dessa forma de controle social – o direito não é um fim; é um meio; quais sejam esses fins, isso varia de sociedade para sociedade, pois que, para ele, esse é um problema histórico e não um problema que possa ser afeito à teoria do direito (GRAU, 2011, p. 31).

⁴ Bourdieu e Passeron, 1970, PP. 18 ss. [trad. Brás. 1975, PP. 19 ss.] *apud* NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 8.

Para Almeida e Pozzoli (2012, p. 233), o entendimento do conceito de legislação simbólica deve sempre derivar da hipertrofia simbólica na função do subsistema jurídico através de sua finalidade essencial, que é a atividade legiferante. Para eles, a justificção da existência dessa modalidade de legislação alhures conceituada se deve ao sentimento de superioridade sensível aos subsistemas político e jurídico, resultando em um fechamento estrutural sistêmico, que abre espaço para que tal subsistema transmita suas finalidades funcionais paladinas e adote, com outorga dos outros subsistemas que se sentem dependentes, outras ferramentas em sua entidade.

Neste sentido, e mais abrangentemente, pode-se dizer que uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto, de forma simplesmente simbólica, apaziguadora do *animus* social.

Marcelo Neves, considerando que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, define a legislação simbólica como a produção de textos de cunho normativo-jurídico, com referência à realidade, mas que, na verdade, serve, primária e hipertroficamente, às finalidades da Política, que não possuem especificamente caráter normativo-jurídico (NEVES, 2007, p. 31).

Extrai-se, pois, que a referência deontico-jurídica de ação e texto à realidade se torna secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou “político-ideológica”, uma vez que é esta que importa no trato com a sociedade.

Está-se, entretanto, diante de indícios de legislação simbólica quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a sua eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, uma vez que nada impede que haja uma legislação intencionalmente orientada para funcionar simbolicamente. Sendo um caso, por exemplo, o contexto em que a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com valores ou fins formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa. A Constituição como uma ferramenta normativa existente, acaba, por seu espectro simbólico, normatizando com carência de efetividade, indo de encontro a propostas (pré)intencionadas.

Nesta senda, procura-se então classificar os heterogêneos casos enquadrados no campo da legislação simbólica, tratada como ato normativo criado desde o início com a intenção de não ser efetivo no plano real. Segundo Marcelo Neves, tal ato normativo caracteriza-se por uma hipertrofia da sua função simbólica em detrimento da concretização normativa do respectivo texto legal (NEVES, 2007, p. 32). Para tanto, reproduz-se, aqui, o

modelo tricotômico proposto por Harald Kinderman para a tipologia da legislação simbólica, cuja sistematicidade o torna teoricamente frutífero. Este teórico afirma, quanto ao conteúdo de uma legislação simbólica, que ela pode servir para (a) confirmar valores sociais; (b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e (c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios (NEVES, 2007, p. 31). Importa tecer maiores esclarecimentos acerca desta teoria para que se vislumbre como o seu conteúdo se aplica, com simetria, à realidade sócio-jurídica brasileira, aqui e nos tópicos seguintes.

Como plano de fundo da vertente (a) da teoria tricotômica de Kindermann, dá-se o contexto de ânsia vivido pelos que se envolvem em debates e lutas pela prevalência de determinados valores e regularização de determinadas condutas. Exige-se, pois, do legislador, frequentemente, uma posição a respeito dos conflitos sociais existentes ao redor desta indeterminação de valores e ausência de regulamentação de determinadas condutas. É assim que se enxerga a “vitória legislativa” como uma forma de atendimento aos anseios sociais, bem como uma forma de reconhecimento da superioridade ou predominância social de sua concepção, restando-lhe secundária a eficácia normativa da respectiva lei, haja vista que sua satisfação limita-se com a expedição do ato legislativo, sendo esta sua expectativa básica.

Assim, a elaboração de normas com um conteúdo axiológico almejado pelo legislador caracteriza uma “vitória legislativa”, mas marcada por uma batalha de ideais partidários, sem preocupação com sua eficácia e efetividade normativas, caracterizando uma possibilidade de legislação simbólica.

Para Gusfield, essa vitória legislativa de determinado valor aponta para a glorificação de um grupo em oposição a outros dentro de uma sociedade (NEVES, 2007, p. 34), patrocinando uma “competição” entre ideias dentro da atividade legiferante.

À guisa de exemplo, para tratar de outra realidade que não a brasileira, de fatos episódios, tem-se o caso clássico de estudo da legislação simbólica que é a “lei seca” nos Estados Unidos, realidade que não se furta ao Brasil, na qual os defensores da proibição de consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados na sua eficácia instrumental, mas sobretudo em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de *status*, conforme pormenorizadamente abordado na tese de Gusfield, que muito contribuiu para possibilitar uma nova e produtiva leitura da atividade legislativa.

Além de ratificar valores preexistentes de grupos no seio social, a legislação simbólica também se presta a (b) fortalecer a “confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado” (NEVES, 2007, p. 36), para conquistar a confiança da sociedade.

Facilmente se constata esta realidade nas sociedades atuais e antigas, onde se busca a confiança nos sistemas político e jurídico, de modo que muitas vezes o Estado-legislador, sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que haja a mínima condição real de efetivação das respectivas normas. Este fato foi denominado por Kindermann de “Legislação-álibi”.

Assim, sob pressão, e temeroso da reação do público na expectativa de determinadas vontades, o legislador elabora um ato normativo, mesmo sem possibilidade real de existência deste, apenas para “fabricar” uma sensação de alento naqueles que aguardam pela norma, na tentativa de dar aparência de solução aos problemas sociais, de conferir “a simbologia da proteção do Estado sobre as necessidades sociais” (NEVES, 2007, p. 32).

Inobstante, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exige uma reação do Estado naquele momento.

O fato é que além de tal ferramenta hipertroficamente simbólica não efetivar a sua finalidade, também obstrui o caminho para que eles não sejam resolvidos, pelo que se transforma num imunizador da sanha popular, evitando a necessidade de alternativas não interessantes para o sistema político, mascarando a atividade legiferante. É, como Pozzoli e Almeida (2012, p. 27) preconizam, um remédio para o Estado que “não pode” atender as necessidades sociais.

Acerca desta situação, cabe o exemplo oferecido por Kindermann, no caso dos peixes acometidos por nematódeos que, conforme reportagem de TV alemã, em 1987, estariam sendo comercializados, provocando doenças intestinais nos consumidores. Os problemas econômico-sociais provocados pela redução do consumo após a dita reportagem levaram o Governo Federal da Alemanha a expedir um Decreto muito abrangente e detalhado, que deveria garantir o não-acesso ao comércio de todo e qualquer peixe acometido, tendo sido recebido com satisfação pelo público e servido para mostrar que o Estado tinha os problemas sob controle. Com isso, obtinham-se efeitos positivos para a regularização do comércio de pescados, embora, sob o ponto de vista instrumental, o problema ou risco da comercialização e consumo de peixes contaminados permanecesse fora do controle estatal, dependendo antes das medidas dos comerciantes de pescados (NEVES, 2007, p. 38).

No Brasil, no Direito Penal, por exemplo, para não se imiscuir no âmbito constitucional ainda e não se restringir a ele, tem-se a clássica presença da legislação-álibi. Trata-se da consequência das tantas pressões públicas por uma atitude estatal mais drástica com determinados crimes que redundam em reações simbólicas, uma vez que o problema não

decorre da falta de legislação tipificadora, mas, sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor, o que se repete em outras searas do Direito brasileiro.

O direito constitucional brasileiro é ambiente frutífero à proliferação de decisões judiciais descomprometidas com o seu grau de eficácia normativa, o que vai além da eficácia social. Representativa destas digressões é a decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal que estendeu à união estável homoafetiva os mesmos direitos inerentes à união estável heterossexual, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277, onde se requereu a interpretação conforme à Constituição do artigo 1723 do Código Civil. No entanto, importa denotar, aqui se opta por deixar claro que não se trata de adesão ou não ao direito pleiteado e ao ativismo judicial protagonizado pelo STF no caso em espeque, mas, sim, de uma irresignação face à necessidade de as normas de decisão se renderem a um certo rigor, ao menos jurídico-dogmático e metodológico, quando da análise de questões judiciais, especialmente de questões politicamente controvertidas, o que não se verifica no aresto em tela por ter carecido de uma apreciação normativa da situação jurídico-constitucional.

Estranhamente, no desiderato de fornecer supedâneos legítimos à decisão, o guardião da Constituição encontrou apoio no princípio da dignidade da pessoa humana, no pluralismo político, na vedação à discriminação por orientação sexual, nos princípios da igualdade, legalidade e intimidade e vida privada, para reconhecer que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, “não proíbe” a união estável de pares homossexuais, porque representaria uma “norma geral negativa no sentido kelseniano”, dada a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, CF). Porém, deixou de aprofundar o respectivo exame das normas constitucionais e não enfrentou a questão objeto de exame.

Como bem elucida o Prof. Leonardo Martins (2013), em artigo aprofundado sobre o tema, a tese da não proibição não tem o condão de estabelecer uma nova interpretação para o taxativo teor do art. 226, §3º, CF. Isto porque não tendo o dispositivo proibido, significa apenas que não se pode sancionar o comportamento, mas não que o Estado está obrigado a assegurar uma proteção especial de caráter institucional.

A decisão do STF, por sua vez, viola a legalidade e a supremacia das normas constitucionais ao invés de enaltece-las, concedendo ao primeiro um efeito de prestação que ele não tem, além da ordem de abstenção de medidas estatais potencialmente violadoras. Desta feita, depreende-se de uma análise crítica da atuação do Supremo neste caso que não há uma omissão legislativa constatável nem uma incompatibilidade entre o objeto do exame, art.

1723, CC, e o único parâmetro de julgamento adequado, art. 226, § 3º, CF. Consequentemente, também não se trata de omissão tampouco proibição de uniões de fato de pessoas do mesmo sexo, vez que pode o legislador, em qualquer tempo, mudar o conteúdo do art. 1723 do CC, retirando dele a expressão “entre o homem e a mulher”, bem como o constituinte derivado, mediante uma Emenda Constitucional, para também mudar o texto do art. 226, §3º, da CF.

Trata-se, na verdade, da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador: caso típico de “legislação simbólica”. Como dito antes, observa-se que ela não só deixa o problema sem solução, como também obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. Pode-se dizer, pois, que é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos.

Entretanto, infere-se que a “legislação simbólica” se destina a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira eficiente, conforme o respectivo texto legal, constituindo uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica. Assim como para Posner (2009, p. 7), teorias de grande beleza, mas maculadas pela impotência, não comovem (ou não deveriam causar comoção).

Por fim, é de salientar que uma legislação desta natureza, além de não cumprir sua finalidade normativa, nem sempre obtém êxito em sua função simbólica, inobstante possa induzir um “sentimento de bem-estar”, levando à “resolução de tensão” e, portanto, servindo à lealdade das massas. Nada obstante, “quanto mais ela for empregada, tanto mais frequentemente fracassará” (NEVES, 2007, p. 34). Isso porque o seu emprego abusivo leva à “descrença” no próprio sistema jurídico, transtornando persistentemente a “consciência jurídica” do povo.

Ao lado da possibilidade da instituição de legislações ou normas de decisão elaboradas essencialmente para satisfazer determinados grupos sociais ou para fortificar a confiança dos cidadãos no governo ou no Estado, (como em (a) e (b)), a legislação simbólica também pode servir para (c) adiar a solução de conflitos sociais através do compromisso-fórmula dilatatório.

Discorrendo acerca desta tipologia, Marcelo Neves aponta que as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado

consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei.

Nesta modalidade, o acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado, viabilizando o abrandamento de um conflito político interno através de uma lei que, aparentemente, satisfaz todas as pretensões, transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente.

A “fórmula de compromisso dilatatório” tem como característica o processo legislativo democrático, que tem como predicado a divergência entre partidos políticos, o que se torna natural, mas, além disso, é intrínseco ao modelo político que se vivencia. Caracteriza-se, primordialmente, por transferir a responsabilidade da discussão do melhor texto para o ato normativo de um futuro incerto. Deixa-se para depois a solução do conflito no que tange à necessidade da sociedade.

Deste modo, a legislação simbólica em qualquer de suas modalidades é reconhecidamente ineficaz na contribuição à positivação e conseqüente efetivação de normas jurídicas, tão mais à sua consecução, e o Direito, como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas, cai em descrédito. Disso resulta, com enfoque na experiência brasileira, que os dispositivos legais, especialmente os constitucionais, perdem normatividade e padecem de ineficácia e, principalmente, de inefetividade.⁵ Além disso, a longo prazo, o público se sente enganado e os atores políticos se tornam cínicos.

Nos casos, porém, em que a ineficácia e a inefetividade atingem um grau muito elevado, implicando que as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais, de uma forma generalizada, não se orientem pelos dispositivos legais, encontrar-se-á diante da falta de vigência social da lei ou de carência de normatividade do texto legal.

Consoante tal paradigma, a legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata “*se-então*” da “norma primária” e da “norma secundária” não se concretiza ou, ao menos, não regularmente.

Aqui, então, cabe fazer o seguinte questionamento: Qual grau de ineficácia normativa é necessário para que se atribuam a uma lei efeitos hipertroficamente simbólicos?

⁵ Neste ponto, cumpre distinguir eficácia de efetividade. Pode-se afirmar que a eficácia diz respeito à realização do “programa condicional”, ou seja, à concreção do vínculo abstrato e hipotético “*se-então*” previsto na norma legal. Por sua vez, a efetividade se refere à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade legislativa, isto é, a concretização do vínculo “*meio-fim*” que decorre abstratamente do texto legal, de modo que os dois programas devem apresentar uma relação de reciprocidade para a legitimação do Direito positivo.

Impossível fugir do parecer de Marcelo Neves no que pertine à questão. Assevera o constitucionalista brasileiro que a resposta não se encontra em uma quota de ineficácia mensurável, mas sim na problemática da falta de vigência social da norma. Discorrendo sobre o tema, nega a existência de orientação generalizada das expectativas normativas de acordo com a lei onde houver um grau muito acentuado de ineficácia, seja por parte dos cidadãos, organizações, grupos, ou por iniciativa dos órgãos estatais (falta de vigência social).

Em outras palavras, afirma-se que a legislação simbólica só tem lugar quando a vigência social da norma legal, ou seja, a sua função de congruente generalização de expectativas normativas é prejudicada. Neste caso, o texto legal não só é incapaz de dirigir normativamente a conduta como não serve para orientar ou assegurar, de forma generalizada, as expectativas normativas.

4 A (IN)APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS COMO MEIO DE INTENSIFICAÇÃO DE DISCURSOS IDEOLÓGICO-SIMBÓLICOS

Normas programáticas são normas constitucionais, ditas de eficácia jurídica limitada ou reduzida, como acima visto, voltadas a instituir valores intrínsecos da sociedade e ao ser humano, introduzidas na Constituição como resultado de um conflito de interesses, “ausentes” os efeitos da aplicabilidade imediata, posto que as mesmas são o que José Maviael Élder Fernandes de Souza (2005), em estudo sobre o tema, chama de *tópicos de planejamento*, ou seja, é a intenção do legislador de se referir a determinada matéria sem, no entanto, se aprofundar na mesma.

Para Pontes de Miranda, as regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos, sujeitas as quais estão a legislação, a execução e a própria Justiça (MIRANDA, 1970).

José Afonso da Silva, aceitando as linhas fundamentais da doutrina posta nos sucessivos ensaios de Crisafulli⁶ (SILVA, 2009, p. 139), concebe como programáticas as normas constitucionais nas quais o legislador se limitou a traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos competentes, como programas das respectivas atividades,

⁶ Vezio Crisafulli, jurista e constitucionalista italiano da segunda metade do século XX, esclarece por completo em que consiste a norma programática: “(...) *no regulan desde el principio e inmediatamente das relaciones y situaciones a que se refieren, sino que ordenan comportamientos públicos destinados a sua vez a incidir sobre tales materias; establecen lo que los gobernantes deberán o podrán hacer (y viceversa lo que no podrán hacer) respecto a determinados objetos*”.

visando à realização dos fins sociais do Estado, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses.

O problema doutrinário que se coloca, entre outros, é em que momento essas normas passam a vigorar: no momento em que começa a vigorar a Constituição ou quando da emissão da norma ordinária ou complementar integrativa? E com que finalidade o legislador constituinte inseriu na estrutura (normativa) da Constituição normas dessa espécie? A compreensão das respostas a estas indagações são de fundamental relevância para o deslinde do presente estudo, tendo em vista a possibilidade de se constituírem uma espécie de legislação simbólica, ou mais de uma, nos termos do aqui já fora tratado e ainda o será.

Trazendo a questão a lume, Jorge Miranda (1996, p. 245-246) conceitua as normas programáticas como as que possuem aplicação diferida, e que mais que comandos-regras, explicitam comandos-valores, conferindo elasticidade ao ordenamento constitucional. Destinam-se especialmente ao legislador que, discricionariamente, opta pela ponderação do tempo e dos meios em que vêm revestidas de plena eficácia.

A cultura que se mantém de que essas normas não consentem aos cidadãos que as invoquem de forma imediata, eleva sobremaneira as demandas que se submetem ao Judiciário, no intuito de se obter o seu cumprimento, o que consagra a sua equivocada natureza de mera expectativa, muito mais que de verdadeiros direitos subjetivos, a exemplo dos demais inscritos na Constituição.

Neste ponto, importa realçar, sobretudo, além do aspecto conceitual, o papel das normas programáticas na ordem jurídica brasileira e, principalmente, no regime político do país.

Essas normas revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. A Constituição vigente se revela, do ponto de vista dos fins sociais do Estado, mais progressista do que as que lhe antecederam, sendo possível indicar as denominadas normas programáticas nela contidas, notando-se a concentração delas nos Títulos VII e VIII (Da Ordem Econômica e Financeira e Da Ordem Social), delas se tendo, igualmente, exemplos em outros lugares. Disso facilmente se percebe que as estas normas estão indissociavelmente ligadas ao Estado Social e, por conseguinte, à implementação dos direitos sociais. Surgidas para viabilizar a postura intervencionista estatal, no intuito de concretizar os valores da igualdade material de forma a propiciar aos cidadãos condições mínimas de existência, acabou por promover uma falsa sensação de conformação dos anseios sociais à normatividade constitucional e a acomodação do legislador constitucional, deixando enfocar unicamente seu caráter teleológico.

A doutrina ao lhe atribuir uma (suposta) natureza de eficácia limitada, restringiu indiscriminadamente sua aplicação à dependência da emissão de uma ulterior norma infraconstitucional, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária lhes conferiria capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados.

Na condição de princípios gerais instituidores de toda a ordem jurídica, estão na base do regime político do país, determinando, pelo Direito, os fins sociais da política estatal, através (da atuação) de programas de intervenção na ordem econômica e social, com vistas à realização da justiça social e do bem comum. A problemática se dá quando se constata que os tais programas de intervenção não existem ou existem muito aquém do necessário. Neste ponto, importa retornar a pergunta inicial acerca da finalidade da inserção destas normas, destituídas da eficácia, no ordenamento jurídico.

Nesta senda, Marcelo Neves (2007, p. 43), ao se debruçar sobre o tema da legislação simbólica, assevera que a respeito da possibilidade jurídica de aplicação da norma, pouco importa o sentido jurídico-dogmático acerca da lei, mas, sim, a análise da problemática da eficácia em sentido empírico, isto é, a conformidade das condutas dos destinatários à norma.

Consoante o acima delineado acerca da eficácia e da aplicabilidade das normas reconhecidas como de princípios programáticos, cabe questionar: Até onde vai o interesse do legislador ou do administrador em colocar em prática as políticas públicas exigidas pelos preceitos constitucionais programáticos? É inconteste que tais dispositivos são, sobremaneira, mais suscitados em razão de fins políticos por apresentarem conteúdo mais aberto do que as demais normas constitucionais. Não raro se vê interesses políticos a deturparem o real sentido das normas (programáticas) com o fito de imunizar o sistema político e amenizar conflitos, recebendo, assim, em contrapartida, e num primeiro momento, a lealdade das massas.

Disso resulta a evidência, em alguns casos, da incompatibilidade do Direito com a Constituição e de uma Política que sobrepuja o Direito, que, num segundo momento, promove e estimula a descrença generalizada nesses dois sistemas, uma vez que as normas programáticas são objeto de constante evocação com o intuito de construir uma suposta imagem de concretização dos ideais exigidos pela sociedade, ainda que estes permaneçam inobservados e inservíveis, em grande parte, e mesmo quando compõem um *decisum* judicial, não conseguem se ressentir na prática dos indivíduos, o que constitui o cerne do estudo que aqui se desenvolve.

Isto porque o processo de concretização normativa sofre bloqueios em toda e qualquer situação na qual o conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado,

desconhecido ou desconsiderado nas integrações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações, etc. (NEVES, 2007, p. 47). Assim, inobstante diuturnamente lhes seja furtada a devida importância, as normas constitucionais programáticas, não prescindem de mecanismos garantidores de sua observância, especialmente em razão da previsão constitucional do §1º do art. 5º, pelo qual têm aplicabilidade imediata as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sob pena de se estar legitimando um grave contrassenso constitucional.

Data venia, há que se ponderar que todas as normas constitucionais apresentam eficácia e aplicabilidade, sem, contudo, aceitar, que hajam gradações a infirmar essa conformação, como quer a classificação clássica proposta pelo Prof. José Afonso da Silva (2009, p. 47) ao asseverar que a Constituição Federal de 1988 contém regras de diversos tipos, função e natureza, algumas plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata, outras de eficácia reduzida, dependentes de legislação integradora de sentido que atue na sua incidência.

De outro modo, importa cabível a distinção feita por Michel Temer (1999, p. 23) entre eficácia social e eficácia jurídica das normas constitucionais. A primeira se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. A segunda, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas, mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.

Esta mesma distinção é feita, em outras palavras e no mesmo sentido, por José Afonso da Silva (2009, p. 52), para quem, sociologicamente, pode-se dizer que as normas constitucionais são eficazes e aplicáveis na medida em que são observadas e cumpridas. De outro modo, a eficácia jurídica é identificada por ele quando a aplicabilidade das normas constitucionais depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia. A ocorrência desses dados constitui condição geral à aplicabilidade dessas normas, bem como de outras.

Contudo, a despeito das didáticas classificações formuladas pela doutrina, certo é que as normas ditas de caráter programático, por serem normas constitucionais, têm a mesma força que as demais, e ainda podem ser judicialmente exigidas mediante a utilização de mecanismos que a própria Constituição Federal de 1988 cuidou de prever, quando da sua inobservância, são eles o Mandado de Injunção, insculpido no art. 5º, LXXI; a Ação de

Inconstitucionalidade por Omissão, tratada no art. 103, §2º; e a Iniciativa Popular, resguardada pelo art. 14, III.

Todavia, esses instrumentos têm sido reduzidos em sua significância e seus efeitos mitigados. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, afamado guardião da Lei Maior, ao apreciar o Mandado de Injunção nº. 107 (sessão de 23 de novembro de 1989) tolheu, em grande proporção, a eficácia de um destes instrumentos. Isso porque atribuiu ao mandado de injunção os mesmos efeitos que tem a ação de inconstitucionalidade por omissão, a saber: a de meramente declarar a mora do Legislativo, obstaculizando a eficácia de importantes preceitos constitucionais, em interpretação veementemente refutada pela melhor doutrina. Ressalte-se que o entendimento exarado logo após o advento da Constituinte de 1988, ainda é mantido pela Corte Constitucional, em franca representação de retrocesso e desrespeito para com as necessidades sociais, amparadas pela Constituição.

Escorada sob esta sombra, pois, intensifica-se a produção de discursos dissimulados que produzem notória satisfação ideológico-simbólica. Embora ausente a real aplicabilidade e apesar de a presença destas espécies normativas na Constituição Federal contribuírem à conscientização da sociedade civil e ao estabelecimento de uma ordem, é inevitável perceber que, na tentativa de pregar o bem comum e a justiça social, “tais normas dissimulam a manutenção do *status quo* à medida que fazem transparecer a falsa imagem de um Estado que atua conforme a propulsão advinda das expectativas sociais” (ARAÚJO, 2011). E a frequência com que se observa esta realidade conduz, impiedosamente, a um estado de incredulidade no sistema jurídico, que se confunde com o político e por ele se orienta cada dia mais.

Isto porque os interesses legislativos e a posição “elitizada” do sistema jurídico se utilizam dessa circunstância, caracterizada como processo de legislação simbólica, de constitucionalização simbólica dos direitos fundamentais expressos em programas da Constituição, para se sustentarem. Desta forma, a norma simbólica produz relevantes efeitos para o sistema político, sem se agregar a sua natureza jurídica, pelo que a ineficácia, e especialmente a inefetividade, no plano real, são efeitos manifestos dessas produções.

Pode-se sustentar, então, rechaçando qualquer classificação ou entendimento que retire de qualquer das normas inseridas na Constituição a sua plena normatividade, que as normas constitucionais programáticas entram em vigor juntamente com a Constituição, pelo que é inaceitável que um direito fundamental esteja a depender de regulamentação ordinária para obter exigibilidade, executoriedade, tolhendo dos indivíduos prerrogativas que lhes foram conferidas e garantidas, como se jurídicas e imperativas não fossem, o que vem

permeando (ou deveria permear) de insatisfação, cada vez mais, a consciência dos cidadãos e o entendimento crítico dos juristas.

Do contrário, acaso se mantenha perene a tradicional classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, em normas de eficácia plena, contida e limitada, pela qual as normas ditas programáticas necessitam de integração para possuir aplicabilidade, estar-se-á corroborando para o fortalecimento da opressão dos menos favorecidos e da inescrupulosa ingerência não-mediatizada da Política no Direito, promovendo e aumentando o desequilíbrio do sistema onde estes dois subsistemas se inter-relacionam, quebrando, portanto, a necessária relação simbiótica de inter e intracomunicação racional, condição e requisito ao acoplamento estrutural de subsistemas equilibrados e autônomos.

Nesse pormenor, no contexto em que emergiu, como uma exigência constitucional, a efetivação desses direitos fundamentais, de sorte a aliar a imposição normativa aos princípios éticos inculpidos no texto constitucional, concebeu-se o amálgama de um necessário protagonismo judicial consentâneo com um novo paradigma, um paradigma afeito a uma justiça material, onde o Direito deixa de ser visto como mero instrumento de pacificação de conflitos sociais, para assumir o lugar de mecanismo indutor de transformações sociais.

Surge com este ideal a pretensão de alçar um constitucionalismo democraticamente legitimado, e, junto com ele, a imposição de que se assegurem condições à implementação do texto constitucional. Aqui, o Poder Judiciário assume sua responsabilidade quanto à consecução dos desideratos do Estado Social e, portanto, do sucesso político da Constituição. É o protagonismo judicial.

Com isto, a concretização judicial, muito além das concretizações legislativa e administrativa, assume um papel de grande relevo, para alguns excedendo a sua função e se imiscuindo indevidamente na de outro(s) Poder(es), e passa a atuar como um soldador, em que a solda é feita nas aberturas da constituição, através da denominada hermenêutica constitucional, promovendo um “acoplamento artificial”, talvez até forçado, entre Política e Direito, que mais que agregar valores, compromete o sistema constitucional.

5 CONCLUSÃO

Infere-se que a inserção de atos legislativos da natureza das chamadas normas programáticas compromete diretamente a realização e a autonomia do sistema jurídico, pois que blindando o influxo das influências recíprocas que tornam o Direito um mecanismo saudável de pacificação das demandas sociais, abrindo espaço para a doentia sobreposição dos

elementos do sistema político que, ao ingerir prevalentemente no sistema jurídico, quebra o acoplamento estrutural, desequilibra o sistema e impede a diferenciação do Direito no sistema social, ocasião em que passa a se submeter ao Poder que monopoliza as expectativas face à Constituição, fazendo desta mecanismo seu de atuação, onde a marca que se forma é a de uma pseudo-conscientização da ineficácia dos dispositivos normativos e a manipulação destes com vistas ao atendimento de interesses casuísticos e particularistas.

Vê-se, pois, pela dogmática e prática constitucionais brasileiras que a categorização de normas constitucionais como normas programáticas, que geram mera expectativa, servem à confirmação de valores sociais, podendo ser distinguidos três efeitos socialmente relevantes: atos que servem para convencer as pessoas e os grupos da consistência do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-as e as tranquilizando de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no Direito e por ele garantidos; a afirmação pública de uma norma moral, conduzindo as principais instituições da sociedade a lhe servirem de sustentação, mesmo que faltem ao respectivo texto legal a força normativo-jurídica e a eficácia que lhe seriam específicas; e, por fim, consegue distinguir quais culturas têm legitimação e dominação pública das que são consideradas desviantes.

Com isso, pode-se dizer que as normas programáticas, tolhida a sua eficácia normativa imediata, ideário inserido no (sub)consciente dos indivíduos, inclusive dos juristas, descarrega o sistema político de pressões sociais concretas. É, pois, típica representação do fenômeno conhecido como “legislação simbólica”, ou seja, um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos que constituem respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores e servem à exposição simbólica das instituições estatais como atuantes em prol das necessidades sociais, merecedoras da confiança pública.

Quando se nega a qualquer das normas inseridas na Constituição a sua normatividade, tolhendo-lhe a aptidão de acontecer no mundo dos fatos, de *per si*, independentemente de circunstância anterior ou ulterior, o jurista está a intensificar e (re)afirmar o papel ideológico das normas constitucionais brasileiras que, esbarrando em óbices criados pela própria constituinte e pela dogmática constitucional (institutos “oficializados” pela dogmática constitucional e pela teoria da decisão judicial), têm reflexo apenas na construção de discursos ideológicos político-jurídicos e servem apenas para atender abstratamente as expectativas surgidas a partir da evolução do Estado Liberal, culminadas com o Estado Social, marco inaugural dos direitos sociais, equivocadamente enquadrados como normas programáticas.

A concretização legislativa da Constituição está vinculada aos mecanismos do Estado Constitucional⁷ para fazer valer a vontade popular, convindo afirmar que as distorções legislativas eventualmente criadas para atender as expectativas das minorias políticas devem ser sanadas por uma concretização judicial da Constituição pautada nos dispositivos legais pertinentes, na facticidade do caso, amparada no arcabouço principiológico inaugurado pela Constituição de 1988, mas, igualmente, fulcrada em parâmetros seguros e objetivos, sem, contudo, levar à cume o tendencioso subjetivismo decorrente da teoria da abertura constitucional. Alerta-se, aqui, para o risco iminente de a hermenêutica se tornar uma metateoria do fenômeno da interpretação, dada à sua proximidade para com os aspectos retóricos da linguagem.

Isto porque a assunção pelo Judiciário de todas as tomadas de decisão político-jurídicas, mediante a demasiada demanda que se lhe impõe no fito da consecução destas normas vistas, ante a equivocada ideia de ausência de aplicabilidade plena e imediata, possui um efeito básico que é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes, promovendo um “acoplamento artificial”, já que o “acoplamento estrutural” já foi rompido, mantendo, conciliatoriamente, a manutenção do *status quo* e, perante o público-espectador, uma encenação coerente com o dos grupos políticos divergentes.

O símbolo incorporado na norma obstrui a comunicação do subsistema jurídico com os demais sistemas que, por sua vez, continuam a se comunicar com o subsistema jurídico de forma descompassada. Dessa forma, pode-se perceber com clareza a ocorrência do fechamento funcional do Direito, o que, por momentos, susta a comunicabilidade com o resto do sistema social, insulando o Direito. A metástase desse fenômeno é, pois, a produção de normas com efeitos meramente simbólicos, carente da preocupação com seus efeitos normativos.

Entretanto, estando as produções legislativa e judiciária brasileiras se restringindo a produzir normas destituídas de eficácia, ratificando e eternizando o conceito e a inaplicabilidade plena das normas denominadas programáticas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a sua eficácia, inobstante em condições de fazê-lo, está-se diante de legislação simbólica.

⁷ Cuida-se de um sistema normativo fundamental do Estado Moderno, surgido paralelamente ao Estado Democrático. Foi ele fruto da evolução natural das idéias democráticas que surgiram na Europa e América do Norte, consolidando os direitos dos homens e cidadãos e a forma e funções do Estado em um texto que servisse de pilar de toda ordem jurídica, social e política de um Estado.

A existência de um vácuo entre a norma constitucional (em especial as programáticas) e sua efetiva materialização na realidade social não é uma disfunção natural do sistema, mas, sim, decorre de um desequilíbrio provocado no sistema jurídico, por força de ingerências não mediatizadas da Política, de sorte que categorizar normas constitucionais quanto à sua eficácia constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com valores ou fins formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa. A Constituição como uma ferramenta normativa existente, acaba, por seu espectro simbólico, normatizando com carência de efetividade, indo de encontro a propostas (pré)intencionadas.

Esta espécie de legislação é muito conveniente ao Estado, pois com um ato, descarrega-se de pressões políticas e, ainda, apresenta-se como sensível ao clamor do povo, às exigências e expectativas dos cidadãos, sendo secundário se a lei surtiu os efeitos socialmente desejados, bem como os efeitos normativos dela decorrente. O importante, na verdade, é que os membros do Parlamento e do Governo se apresentem como atuantes, de sorte que o Estado-legislador se mantenha merecedor da confiança do cidadão.

Entretanto, a “legislação simbólica” se destina a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira eficiente, conforme o respectivo texto legal, constituindo uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos e Critérios Imperativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ARAÚJO, Mayara de Carvalho. **As normas constitucionais programáticas como campo-chave para a constitucionalização simbólica e a incredulidade no sistema jurídico**. Artigo publicado em 04 de março de 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/>. Acesso em 08 de agosto de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 9. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. 2013. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/0-constitucionalismo-democratico-no-brasil.pdf. Acesso em 13 de março de 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____, J. J. Gomes. **Dogmática de direito fundamental e direito privado**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direito Fundamental e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. 2. ed. Tradução de Leandro Farina. São Paulo: Minelli, 2005.

MARRAFON, Marco Aurélio. **A questão da consciência histórica na obra “verdade e método” e suas implicações na (teoria da) decisão judicial**. In: *Hermenêutica e Epistemologia. 50 anos de Verdade e Método*. (Ernilo Stein e Lênio Streck - organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela Justiça Constitucional**. Artigo publicado pela Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Acesso em 06 de agosto de 2013, mediante concessão de cópia pelo próprio autor.

MENDES, Alana Natasha, VAZ, Pereira Martins e SOUZA, Mavíael Élder Fernandes de. **Normas Constitucionais Programáticas: eficácia e juridicidade das normas programáticas da Constituição Federal**. Artigo publicado em 12 de maio de 2005. Disponível em: <http://dc176.4shared.com/doc/Aag9HsvM/preview.html>. Acessado em 12 de novembro de 2012.

MIRANDO, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1967;000014593>. Acesso em 02 de fevereiro de 2014.

MORAES, Maria Celina B. de. **O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 07.

POZZOLI, Lafayette e ALMEIDA, Fernando Rodrigues. **Os limites entre a necessidade e a eticidade na elaboração de uma legislação simbólica**. In: HERRERA, Luiz Henrique Martim e BAILO, Lucas Seixas (organizadores). *A Nova interpretação do direito: construção do saber jurídico*. 1. ed. São Paulo: Boreal, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **O hiato entre Hermenêutica Constitucional e Decisão Judicial**. In: *Hermenêutica e Epistemologia. 50 anos de Verdade e Método*. (Ernildo Stein e Lênio Streck – organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANTOS, Luís Wanderley dos. **A eficácia das normas constitucionais**. Artigo publicado na Revista de Direito da Universidade Católica de Brasília. Inserido em 05 de maio de 2001. Parte integrante da edição nº. 1. Código de publicação: 107. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/90/normas-constitucionais-e-seus-efeitos>. Acesso em: 02 de junho de 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.