

SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL E LEGITIMAÇÃO SOCIAL NAS DEMOCRACIAS RECENTES

Luis Cláudio Martins de Araújo¹

Rodrigo Augusto Fatudo Magalhães²

Resumo: A relativa desobediência às regras impostas pode ser observada em diversos momentos da humanidade. Contudo, quando a expectativa de alguns padrões não se encontra em consonância com a realidade social, o descumprimento generalizado do sistema normativo pode apontar para um cenário de simbolismo normativo, em que o papel simbólico das normas é hipertrofiado e a sua função jurídico-instrumental atrofiada.

Neste cenário, a constituição, que é o cerne da estrutura normativa, perde progressivamente autoridade e o estado de direito acaba por falhar como expectativa normativa. Desta feita, quando as constituições enfrentam problemas de não realização social, a Carta pode demonstrar apenas uma concepção simbólica, sem qualquer identificação social. Além disso, em democracias recentes, a Constituição, especialmente em sociedades complexas e assimétricas, nas quais existem diferenças significativas em relação ao conteúdo e forma de interpretação sobre questões morais e políticas, pode sofrer impactos top-down na questão democrática, objetivando a manutenção de determinados grupos superintegrados, gerando um vácuo de expectativas normativas em desconformidade nos interesses sociais. Neste

1 Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor da graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

2 Graduando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC).

sentido, a Constituição nas sociedades democráticas não pode ser resultado apenas de decisões procedimentais formais, mas, sim, deve ser construída sobre uma proposta que atenda aos interesses e valores da coletividade, pautada por uma ordem que resulte de um discurso racional na esfera pública, em uma comunidade em que haja cooperação jurídico-política, a partir de um procedimento de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de vida. Portanto, nesta perspectiva, o sistema constitucional deve ser reescrito para endossar o conceito de uma sociedade harmônica, plenamente integrada e interconectada, com o propósito de ampliar a legitimação democrática. Assim, em democracias recentes e relativamente fracas, deve-se ter em conta que a ausência de identificação constitucional-social, pode se desdobrar na falsa preocupação de alguns grupos superintegrados da sociedade visando a anulação da dimensão normativa da Constituição. Ou seja, o não cumprimento generalizado da Carta pode expressar a falta de confiança nas instituições e, claramente, o descrédito na Constituição pode levar à tentativa de reforma estrutural por parte de grupos subintegrados e marginalizados da sociedade que, por sua vez, pode se desdobrar na reação de estruturas político-econômicas, até mesmo por meio de regimes autoritários. Consequentemente, o objetivo deste artigo é sustentar que a Constituição deve estar ligada ao reconhecimento da comunidade, com um policentrismo popular no desenho da Constituição e na plasticidade da constituição para novas questões sociais, buscando aumentar permanentemente a legitimidade e o respeito da Constituição, em um processo contínuo de reconhecimento e pluralismo nas sociedades complexas, evitando a instabilidade social, que pode causar ainda mais a hipertrofia desse aspecto simbólico da Constituição.

Palavras-Chave: Simbolismo constitucional; Legitimação social; Democracias recentes.

CONSTITUTIONAL SYMBOLISM AND SOCIAL LEGITIMATION IN NEW DEMOCRACIES

Abstract: The disobedience of imposed rules could be observed since the beginning of humankind, however, when the expectation of some standards is not in accord with the social reality, the extensive disobedience of rules could express a scenario of normative symbolism, in which the symbolic role of rules is hypertrophied and the juridical purpose atrophied. In this scenario, the constitution, that is the core of a normative structure, progressively loses the authority and the rule of law fails as a normative expectation. Therefore, when constitutions face problems of non-achievement in social reality, the charter could denote merely a symbolic conception, without any social identification. Furthermore, in new democracies, the constitution, especially in complex and asymmetric societies, in which there are thoughtful social differences in regard of the content and form of interpretation on moral and political issues, sometimes, there were, from top-down, impacts to the democracy, to keep some groups as holders, with a lack of normative expectations and a non-reflection of social interests. Thus, the constitution in democratic societies does not come just from formal procedural decisions, but rather, it must be built on a proposal that serves the interests and values of the collectivity, guided by a democratic order. This should be the outcome of a rational discourse in the public sphere, guided by the values and foundations of a democratic order, in a community in which there is legal-political cooperation, based on a collective decision procedure, compatible with the different conceptions of life. Hence, from this perspective, the constitutional system should be rewritten to endorse the concept of a fully integrated and harmonious interconnected democratic society, to improve the legitimacy of democratic issue. Therefore, new and weak democracies, must be aware with this

absence of constitutional-social identification, that could illustrate a false concern from some over integrated groups of society, voiding the normative dimension of constitution. Thus, the general non-contempt of the charter, expresses the lack of trust in the institutions and, clearly, the non-believe of constitution, that may lead to a structural reform willing, from non-integrated-marginalized groups of society that, otherwise, could drive to a backlash from the political-economic structures, even through an authoritarian regime. Consequently, the goal of this paper is to support that the constitution must be connect with the recognition of the community, with a popular-polycentrism in the constitution design and the plasticity of constitution to new social issues, to increases permanently the legitimacy and respect of the constitution, in a continuous process of recognition and pluralism in complex societies, avoiding social instability, which can cause even more the hypertrophy of this symbolic aspect of constitution.

Keywords: Constitutional symbolism; Social legitimacy; Recent democracies

Sumário: Introdução. 1. A legislação como símbolo e o direito como congruente generalização de expectativas; 2. Modelos constitucionais e o conceito de legislação simbólica aplicado ao constitucionalismo; 3. O constitucionalismo simbólico como abertura para o autoritarismo ante a falta de legitimação democrático-constitucional; Conclusão.

INTRODUÇÃO.



presente artigo será estruturado a partir da formulação de um modelo que busque trabalhar, em sociedades complexas e assimétricas, um eventual quadro de simbolismo constitucional. Nesse sentido, em democracias recentes e periféricas, no contexto de um mundo globalizado, a Constituição, muitas vezes, pode ser utilizada como um instrumento de manutenção das estruturas de poder e do status quo, hipertrofiando seu papel como símbolo e atrofiando sua função jurídico-instrumental.

Esse cenário, inserido em sociedades hipercomplexas, dotada de falta de generalização congruente das expectativas normativas de comportamento e não reflexão dos mais diferentes interesses sociais, a Constituição passa a ser utilizada como alibi para que a nominalidade constitucional apresente uma falsa preocupação da parcela sobreintegrada da sociedade, para com a efetivação de direitos da parcela subintegrada-marginalizada da sociedade, com o consequente esvaziamento da dimensão jurídico-instrumental da Constituição, levando à desencrencia na própria Carta e o anseio por uma reforma estrutural, que pode desencadear uma atuação mais incisiva das estruturas de poder.

Neste sentido, exatamente buscando evitar este cenário, nas sociedades democráticas contemporâneas, marcadas pelo pluralismo, ao lidar com temas essenciais, o exercício da dinâmica deliberativa, baseado na razão e na reflexão bem informada e livremente aceita, deve ser exercido através de mecanismos capazes de possibilitar um novo paradigma de legitimação.

Em um plano mais específico, também será analisado que, em democracias recentes, a falta de identificação da sociedade para com a Carta, acaba gerando alto grau de insegurança na estrutura constitucional, o que pode ampliar ainda mais a hipertrofia do seu aspecto simbólico. Desta forma, a ideia será trabalhar a conjuntura institucional e política das Constituições simbólicas, para estabelecer uma teoria que compreenda mecanismos e instrumentos de legitimação constitucional, por meio

de procedimentos democráticos, especialmente no que toca aos desdobramentos na estabilidade social em países periféricos.

Desse modo, para o desenvolvimento deste artigo, será preciso recorrer a algumas referências teóricas fundamentais, como a ideia de Constituição Simbólica, defendida por Marcelo Neves³. Da mesma forma, será necessário tomar como referencial, a observação de Tom Ginsburg e Alberto Simpser⁴, sobre o modelo constitucional em regimes autoritários. Por fim, irá se procurar contextualizar esse fenômeno, com base novamente nas lições de Tom Ginsburg e Zachary Elkins⁵, a partir da ideia de resiliência ou longevidade constitucional, na medida em que a democracia se retroalimenta com a própria estabilidade constitucional.

1. A LEGISLAÇÃO COMO SÍMBOLO E O DIREITO COMO CONGRUENTE GENERALIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS.

“A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca (Ulysses Guimarães)⁶”.

Em seu discurso na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, na aurora da jovem democracia brasileira, já demonstrava a preocupação com o cumprimento das normas constitucionais, ainda que houvesse

3 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica* – São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 53.

4 GINSBURG, Tom; SIMPSE, Alberto (Ed.). *Constitutions in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2013. p. 69.

5 ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009. 270pp.

6 GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-19871988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>, Acesso em 28/05/2020.

discordâncias e divergências pessoais quanto ao conteúdo destas normas.

Esta preocupação de Ulysses Guimarães, não deve ser vista como um fato isolado nas democracias recentes da interconectada e multifacetada sociedade global, uma vez que, em determinada medida, pode-se afirmar que as instituições políticas, em diversas oportunidades, falharam na missão de refletir socialmente, de maneira mais ou menos generalizada, a legitimidade das instituições democráticas e da própria constituição^{7, 8}.

Ainda dentro do cenário das democracias recentes, essa

7 O professor Antonio Cavalcanti Maia, com inspiração no *Verfassungspatriotismus* de Habermas, ao tratar da falta de identificação para com a ordem constitucional brasileira, traz uma versão brasileira de patriotismo constitucional, que “deveria assumir uma abordagem mais radical/incisiva. Algo mais próximo da posição defendida por Maurizio Viroli em seu livro *For Love of Country*. Na conclusão desta excelente obra – e após desenvolver uma reinterpretação da relação entre nacionalismo e patriotismo –, Viroli posiciona-se (através do que ele denomina de “patriotismo republicano”) vis-à-vis a perspectiva habermasiana. De acordo com o autor italiano, “o *Verfassungspatriotismus* de Habermas não rompe, de forma alguma, com a tradição republicana; é, na verdade, uma nova versão dela. Ele não só reafirma o princípio do patriotismo republicano de que o amor pela pátria significa, acima de tudo, amor pela república; mas também reconhece, embora com alguma vacilação conceitual, que a república, que é, ou deveria ser, o objeto de amor dos cidadãos, é particularmente a sua própria república; não apenas instituições democráticas, porém instituições que foram construídas num determinado contexto histórico e estão ligadas a um meio de vida – isto é, uma cultura – de cidadãos daquela república em particular”. MAIA, Antonio Cavalcanti. *Diversidade Cultural, Identidade Nacional Brasileira e Patriotismo Constitucional*. In: LOPES, Antonio Herculano e CALABRE, Lia. *Diversidade Cultural Brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Diversidade_Cultural/FCRB_DiversidadeCulturalBrasileira_AntonioCavalcanti.pdf>, Acesso em 28/05/2020

8 A falta de patriotismo pode ser também entendida como falta de legitimação do direito e do ordenamento jurídico pátrio em relação aos seus jurisdicionados. Nesse sentido, Marcelo Neves afirma que a “legitimação do direito somente seria possível mediante a afirmação do princípio social de inclusão no lugar do princípio de exclusão, ainda hoje dominante no Brasil, de modo que o direito constitucional ocupasse um espaço importante no agir e no vivenciar cotidianos de toda a população e a orientação das expectativas normativas pelo direito positivo se tornasse a rotina da vida jurídica”. NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: Uma Abordagem Teórica e uma Interpretação do Caso Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 313.

conjuntura pode ser traduzida, no cenário das democracias periféricas, no “complexo de vira-lata”, que nas palavras do escritor Nelson Rodrigues, aparenta atingir grande parcela da sociedade, como uma “inferioridade em que o brasileiro se coloca, voluntariamente, em face do resto do mundo (..) em todos os setores e, sobretudo, no futebol”⁹, que pode, claramente, se desdobrar nas expectativas da coletividade com o desenho institucional e com o modelo social, o que se espraia para o campo da falta de identificação para com a ordem constitucional.

Ou seja, apesar do escritor apontar para a existência desse complexo em um cenário primariamente estranho ao direito, o paralelo pode ser feito sem maiores dificuldades no que tange à ordem normativa constitucional, uma vez que esta inferioridade pode ser observada na falta de um sentimento de identificação para com os valores da carta constitucional, apesar do seu amplo espectro de aplicação, o que pode levar a diversas distorções conceituais quanto ao sentido e efeitos práticos dela decorrentes, como a possibilidade de expansão de manifestações antidemocráticas altamente incompatíveis com os valores constitucionais vigentes.

Na verdade, este fenômeno, não se apresenta como uma exclusividade brasileira, uma vez que, no sistema latino-americano, apenas 29% (vinte e nove por cento), ou seja, 24 (vinte e quatro) de um universo de 82 (oitenta e duas), das constituições que entraram em vigor entre os anos de 1900 e 2008, foram editadas por governos democráticos, tendo a ampla maioria sido implementada ainda em regimes autoritários ou em processos de redemocratização, durante a transição do século XX para o XXI¹⁰, o que, aplicada à normatividade simbólica, funciona não

9 RODRIGUES, Nelson. Complexo de vira-latas. Revista Iátrico, n. 34, 2014. Disponível em: <<http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/iatrico/article/view/553/539>>, Acesso em 28/05/2020

10 NEGRETTO, Gabriel L: Authoritarian constitution making. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (Ed.). Constitutions in authoritarian regimes. Cambridge University Press, 2013. p. 83-110.

só como uma das razões da falta de identificação, mas também se confunde com os seus resultados na construção constitucional¹¹.

Neste sentido, em um mundo altamente complexo e contingente, a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que sejam orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas, o comportamento social exerce um papel relevante na tomada de decisão individual, em que o respeito às normas passa pela expectativa que o indivíduo detém em relação ao comportamento hipotético do cumprimento da norma por parte dos demais indivíduos da sociedade¹².

Desse modo, a elaboração e aplicação das expectativas congruentemente generalizadas à toda sociedade, ou seja, a tentativa de oferecimento de oportunidade e liberdade para o exercício daquelas atividades generalizadamente aceitas e de reprovação daquelas atividades generalizadamente reprováveis, acaba se desdobrando na produção normativa.

Naturalmente, em uma realidade social altamente complexa, alguns outros elementos devem ser inseridos para garantia de efetivação de direitos básicos, sob pena do pretexto falsamente democrático de consenso majoritário, permitir deliberações que venham a ferir preceitos básicos, pela pura e simples

11 Neste sentido, a legislação simbólica se desdobra nas finalidades de “confirmação de valores sociais”, na “legislação-álibi” e na “legislação como forma de compromisso dilatatório”. No primeiro tipo, o que ocorre é a busca por determinados grupos políticos de se posicionar em relação a determinados conflitos sociais no que dizem respeito à valores, movimento normalmente demandado pela parcela populacional que elegeu o referido grupo. Já no segundo tipo o que se busca é que, independentemente da existência ou não de condições mínimas para a concretização da norma, diplomas legais sejam elaborados visando atender não as necessidades, mas as expectativas dos cidadãos. Por fim, no terceiro tipo, há a resolução de divergências políticas através da edição de normas intencionalmente ineficazes, transferindo a resolução efetiva do conflito para um futuro indeterminado. NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica – São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 33-42

12 LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. TEMPO BRASILEIRO, 1983, P. 109. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2108870/mod_resource/content/1/N%20LUHMANN%20-%20Sociologia%20do%20Direito.pdf>.

Acesso em 15/04/2020.

generalização de expectativas, em um cenário que não deve ser visto como fenômeno puramente jurídico-social de falta de eficácia normativa e vigência social da legislação, na medida em que a legislação simbólica engendra ainda efeitos em outros âmbitos da estrutura organizacional da sociedade¹³, como o sistema político, que nessa realidade envolve uma ampla gama de fatores não jurídicos tais como a administração de interesses privados perpassando pela deliberação majoritária dos interesses coletivos, fundamental à manutenção democrática, sobremaneira em democracias recentes de países periféricos, que, por si só, carregam distorções sociais históricas.

Desta forma, apesar da legislação simbólica ter como finalidade criar um cenário de confiança na estrutura estatal, na verdade, por um paradoxo de atuação, as instituições poderiam acabar por demonstrar cenicamente o interesse estatal e a disposição de solucionar problemas, em princípio estruturalmente insolúveis, em um modelo em que a produção normativa mecanicista de promoção da confiança no Estado, meramente funciona como fórmula de representação retórica e álibi da atuação estatal nos casos de discrepância entre texto e realidade constitucional¹⁴.

Portanto, nas sociedade modernas dos países periféricos¹⁵, a produção normativa, ao se encontrar completamente dissociada das expectativas congruentemente generalizadas aptas a guiar o comportamento de todos em sociedade, pode levar a um cenário em que o texto legal não é apenas incapaz de dirigir normativamente a conduta, mas também irá se caracterizar por não orientar ou assegurar as expectativas normativas¹⁶.

13 Idem.

14 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica* – São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 122-124.

15 NEVES, 2018, p. 3.

16 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 53.

2. MODELOS CONSTITUCIONAIS E O CONCEITO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA APLICADO AO CONSTITUCIONALISMO.

Como sabido, ao se trabalhar a história do constitucionalismo, apenas com as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, se estabelece, propriamente, a noção de que todo homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado, como forma de proteger o indivíduo do arbítrio estatal¹⁷, conferindo um tratamento digno, justo e igual a todos os cidadãos.

Portanto, nota-se que o início do discurso sobre o constitucionalismo moderno, está fundado na proteção do indivíduo perante o Estado, e, nesse sentido, pode-se afirmar que, em um primeiro momento, o paradigma constitucional objetivava a defesa de liberdades e direitos individuais em face do Estado, que em sua essência impõem um dever de abstenção estatal, de não intervenção na esfera individual, com a limitação do papel do Estado, impedindo o embaraço à fruição das liberdades individuais, com o direito de defesa em face dos governantes¹⁸.

17 Segundo Locke, era preciso proteger os direitos individuais em face do Estado e esses direitos eram, sobretudo liberdades, a “liberdade dos modernos”. Locke reconheceu que o homem possuía direitos inalienáveis, como vida, liberdade e propriedade, que eram oponíveis contra o Estado, que devia respeitá-los em qualquer situação, mesmo no contrato social, onde anteriormente afirmou-se que o indivíduo abriria mão de todos os seus direitos. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 225-250.

18 Neste quadro, surge o chamado Estado de Direito e os direitos de primeira geração — ou como muitos autores preferem, direitos de primeira dimensão — que são os direitos de liberdade, que em sua essência, impõem ao Estado um dever de abstenção, de não intervenção na esfera individual. Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão visam à tutela do valor liberdade (direitos civis e políticos), correspondendo ao status negativo (*negativus* ou *libertatis*) da Teoria de Jellinek, em que ao indivíduo é reconhecida uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal. Vide SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 254-265.

Nesse sentido, quando se discute o conceito de constitucionalismo, deve-se ter em mente que o movimento constitucional gerador da Constituição em sentido moderno tem várias raízes, localizadas em horizontes temporais distintos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados, e, assim, a partir desta delimitação, podemos compreender o sentido — conectado ao resgate histórico e à contextualização, do fecundo debate teórico que envolve o sentido moderno de Constituição — e o desdobramento deste conceito¹⁹, sobretudo, para possibilitar a construção de uma concepção jurídica que corresponda aos reclames políticos e sociológicos da sociedade contemporânea²⁰.

Ou seja, partindo da ideia de que a Constituição em sentido moderno se vincula, principalmente, ao constitucionalismo que resulta das revoluções liberais do fim do século XVIII na França e Estados Unidos²¹ — e, atipicamente, do desenvolvimento lento e gradual do constitucionalismo britânico —, a

19 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

20 É importante frisar que, ainda que a polissemia do termo Constituição tenha acarretado a confusão de seu sentido — com vocábulos que expressam ideias abstratas e conceitos distintos, como forma política de Estado, ato solene do poder constituinte, ação continuada, resultante da espontaneidade dos fatos, formas de domínio, ato de decisão — por outro lado, foi a ferramenta que consolidou a estrutura jurídica que forjou o direito constitucional das sociedades modernas. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional*. In: _____ (Coord.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

21 Como afirma Sanchís “ni las desigualdades estamentales ni los privilegios jurídicos eran propios de las colonias americanas, lo que significa que tos derechos no vengan a remover el orden social, sino en cierto modo a confirmaría. Sostener en Norteamérica la libertad y la igualdad no tenía ni mucho menos el mismo sentido polémico que en Francia; en cierto modo, era sostener algo que ya se tenía en la sociedad y cuya fuerza se hacía valer solo contra el Parlamento de la metrópoli. Esto puede explicar que la revolución norteamericana no buscasse un legislador virtuoso y omnipotente a fin de emprender la transformación social, sino, al contrario, un legislador limitado que no reincidiese en el desconocimiento de los derechos. Había sido la omnipotencia del Parlamento inglés el origen de todos los agravios al violar los derechos históricos”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 48.

palavra Constituição e o significado de constitucionalismo corresponderam às transformações estruturais da sociedade, com um sentido plenamente emancipatório²².

Logo, ao analisar esse contexto histórico, fica evidente que, o constitucionalismo como teoria do governo limitado, indisponível à garantia dos direitos na dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade, surge, sobretudo, a partir de meados do século XVIII, ou seja, o movimento político, social e cultural que questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio, nasce com o advento das Revoluções Liberais e a criação do Estado de Direito, fundado no reconhecimento de um conjunto de direitos inatos e invioláveis frente ao Estado, na subordinação do Poder Executivo a uma competência normativa²³, e, na ideia de checks and balances — com a existência de poderes, independentes, autônomos e harmônicos entre si, com a função de autocontenção, na medida em que se controlam mutuamente²⁴.

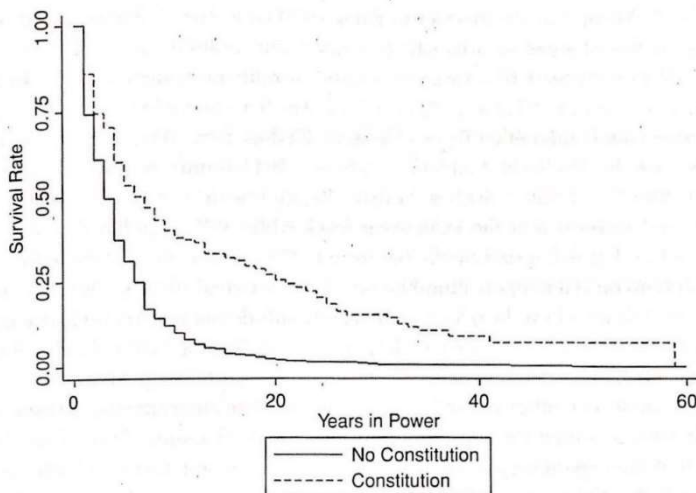
22 NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-62.

23 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51-87.

24 O princípio da separação de poderes já era sugerido por Platão em A República no século IV a.C., ao subdividir as funções do Estado, de forma que esta não se concentrasse em apenas uma pessoa. Aristóteles em A Política, também no século IV a.C., admitia existir três órgãos separados a quem cabiam as decisões do Estado. O princípio também é desenvolvido por John Locke, em sua obra Segundo tratado sobre o governo civil de 1690 (século XVII), trabalhando de forma mais aprofundada a ideia da distribuição funcional. Todavia, a formulação mais completa, foi trazida por Montesquieu, no capítulo VI do livro XI do Espírito das leis, em 1748, ao identificar o exercício de três funções estatais conectadas a três órgãos distintos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes, autônomos e harmônicos entre si. Montesquieu pensou inicialmente em um órgão legislativo composto de duas Câmaras (uma de nobres e outra de origem burguesa), o Executivo e o Judiciário (composto basicamente por um conselho de jurados de convocação temporária). O princípio foi posteriormente positivado na Constituição da Virgínia (1776), na Constituição Americana (1787), na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Constituição Francesa (1791). As Constituições brasileiras desde 1891 trazem o princípio — apesar da Constituição de 1891 trazer o Poder Moderador. Vide SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do

Portanto, é a partir do debate jurídico-constitucional que se inicia nos séculos XVII e XVIII, e, se consolida ao longo do século XIX, que irão se desenvolver perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas, sem o conhecimento das quais não seria possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional, e, ademais, esta advertência serve, também, para salientar que o conceito de Constituição moderna, pressupõe uma profunda transmutação semântica de alguns dos conceitos estruturantes da teoria clássica das formas de Estado, especialmente, por força das normas de repartição e limitação do poder, bem como de proteção dos direitos individuais em face do Estado.

De toda sorte, apesar da expansão do constitucionalismo e, naturalmente, da criação de Constituições, aparentemente trazer efetivos ganhos qualitativos à questão democrática, na verdade, conforme se observa do debate global sobre o tema, esta realidade muitas vezes não se verifica, especialmente nas constituições de cunho autoritário, como nos modelos de matriz latino-americana, por conta da manutenção prolongada de estruturas institucionais de poder nas mãos de autocratas quando da edição e reforma das cartas constitucionais, com o obscurecimento da amplitude no debate participativo e pluralista, como inclusive se observa do gráfico abaixo.



Taxas de sobrevivência de coalisões autocráticas na América Latina por constituições autocráticas²⁵.

Diante deste quadro, as Constituições, particularmente em regimes autoritários, acabam por não delimitar apropriadamente o âmbito de concretização das expectativas sociais e da manutenção do status quo de grupos subintegrados, com o esvaziamento da dimensão jurídico-instrumental da Constituição²⁶, o que permite o enquadramento destes modelos constitucionais em alguns critérios que, seja refletindo as estruturas de poder de

25 ALBERTUS, Michael; MENALDO, Victor: The political economy of autocratic constitutions. In: GINSBURG, Tom; SIMPSE, Alberto (Ed.). *Constitutions in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2013. p. 69.

26 Aqui será utilizada a divisão das Constituições em quatro grupos, apresentada no livro *Constitutions in Authoritarian Regimes*, editado por Tom Ginsburg e Alberto Simpser. Assim, as Constituições podem ser divididas como sendo “Manuais operacionais/Descritivas”, como “Publicitárias”, como “Fachadas” ou como “Plantas baixas”. GINSBURG, Tom; SIMPSE, Alberto (Ed.). *Constitutions in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2013. p. 5-10.

facto²⁷, seja reproduzindo meramente intenções estatais²⁸, seja ainda funcionando como anteparo para violações do Estado²⁹ ou buscando padrões idealizados dissociados da realidade fáctica³⁰, acabam por se desdobrar, muitas vezes, em modelos

27 Assim, em um primeiro momento, pode se entender que, apesar dos mandamentos constitucionais serem, na prática, um norte da vivência social e institucional de um país, ainda que venham a existir controvérsias na coletividade social, a Constituição pode produzir efeitos concretos na tomada de decisão, refletindo as estruturas de poder de facto, especificando como governantes são selecionados, os processos decisórios, as delimitação de competências etc, funcionando a Constituição meramente como um “manual operacional”. GINSBURG, Tom; SIMPSEY, Alberto (Ed.). *Constitutions in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2013. p. 6.

28 Da mesma forma, seria possível afirmar que em alguns modelos constitucionais, a Carta constitucional não necessariamente é uma norma vinculante dentro do sistema jurídico em que é adotada, mas sim um instrumento de divulgação de intenções, integrando o conceito de “Publicitárias”, que são aquelas em que “Constituições são propagandas; elas buscam prover informação para usuários e potenciais usuários de suas provisões”. Essa modalidade, que pode ser adotada tanto por governos democráticos quanto por governos autoritários, tenta apresentar, seja para a sociedade ou para a comunidade internacional, as intenções da estrutura governamental vigente. GINSBURG, Tom; SIMPSEY, Alberto (Ed.). *Constitutions in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2013. p. 6.

29 Já as que fazem partes das constituições como “Fachadas”, típicas em governos autoritários, são aquelas em que a Constituição não atua com a finalidade de garantir a efetivação de direitos e garantias fundamentais dela constantes, sendo ambos, na prática, tidos como promessas vazias. Nessa modalidade, as cartas constitucionais atuam mascarando a realidade de violações perpetuadas dentro de seu território. Nesse sentido, “a extensa lista de direitos encontrada em muitas constituições totalitárias é dificilmente destinada a prover limitações significativas ao Estado ou a sinalizar intenções governamentais, mas é, na verdade, um tipo de ‘conversa barata’ que adota a mera linguagem de direitos sem nenhuma correspondência institucional. Essa realidade pode responder a um senso de que uma constituição deve aparentar ser completa e se encaixar em um script global que define os elementos formais básicos, mas sem os riscos de limitações custosas”. GINSBURG, Tom; SIMPSEY, Alberto (Ed.). *Constitutions in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2013. p. 7.

30 Por fim, as constituições que se apresentam como integrantes do grupo de “Plantas Baixas” tratam de aspirações; são aquelas que versam não sobre um atual estado de coisas, mas sobre um dever ser. Elas “descrevem coisas não como elas são, mas como devem ser. Constituições são documentos de aspirações que são capazes de servir para motivar o povo para construção de uma futura sociedade”. Nesse sentido, as constituições que nessa teorização conceitual se amoldam, são aquelas em que, por mais que haja discrepâncias entre o de jure e o de facto, a estrutura social tem como premissa o ideal de se desenvolver com a finalidade de redução desse distanciamento. GINSBURG, Tom; SIMPSEY, Alberto (Ed.). *Constitutions in authoritarian regimes*.

simbólico-constitucionais no processo originário ou derivado.

Ou seja, o constitucionalismo simbólico, consistente no afastamento sistemático e organizado entre a normatividade constitucional e a realidade social, acaba funcionando como mera fórmula de representação retórica e álibi da atuação estatal, com a desconexão entre texto e realidade constitucional^{31,32}.

É ainda possível que pautas polêmicas sejam apenas ignoradas da discussão política tendo em vista o alto grau de incongruência de expectativas acerca do tema. Nesse sentido não se deve interpretar a constitucionalização simbólica como “um jogo de soma zero na luta política pela ampliação ou restrição da cidadania, equiparando-a ao ‘instrumentalismo constitucional’ das experiências autocráticas”³³.

Cambridge University Press, 2013. p. 8.

31 Insta salientar que o simbolismo constitucional não necessariamente é intencional ou faz parte de um projeto. Um exemplo é o caso do inciso LXVII do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que versa que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Após o Brasil ter se tornado signatário do Pacto de San José Da Costa Rica, esse tratado passou a constar do bloco de constitucionalidade na modalidade de norma supralegal. Com isso, por mais que a Constituição autorizasse a prisão do depositário infiel, não poderiam leis ordinárias versar sobre esse tema pelo fato de que se encontrariam em desacordo com a norma supralegal vigente. Ou seja, o dispositivo constitucional autorizador da prisão civil por dívida não consegue produzir efeitos tendo em vista que sua eficácia é limitada pela impossibilidade de edição de lei ordinária específica.

32 O uso supralegal de tratados internacionais de direitos humanos, preconizado pelo Ministro Gilmar Mendes se deu por meio do Recurso Extraordinário 349.703-1, em que : “Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de ‘supralegalidade’. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em 13/07/2020.

33 NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Revista de informação legislativa, v. 132, n. 33, p. 321-330, 1996. Disponível em:

Assim, o contexto da constitucionalização simbólica proporciona o surgimento de “movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania”, permitindo o surgimento de uma esfera pública pluralista que, embora restrita, tenha capacidade de articular-se com êxito mediante os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional³⁴.

Nesse sentido, quando a prática social é orientada não apenas no sentido de debilitação constitucional, mas também buscando a violação contínua, o texto constitucional acaba por se contrapor a uma realidade social excludente, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional³⁵.

Desta feita, as constituições e o processo constitucional derivado passam a ser utilizados com a finalidade de atender às demandas dos grupo sobreintegrado, — em detrimento da ampla massa social subintegrada, em um processo de sobreintegração que acaba por garantir acesso aos detentores das estruturas reais de poder, os benefícios do sistema sem dependência de suas regras e critérios³⁶, tornando-se o texto constitucional mero instrumento do cenário político³⁷, desenhada para minimizar a

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3&isAllowed=>>. Acesso em 14/07/2020.

34 NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de informação legislativa*, v. 132, n. 33, p. 321-330, 1996. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3&isAllowed=>>. Acesso em 14/07/2020.

35 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 94.

36 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica* – São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 173

37 Há ainda íntima relação do constitucionalismo simbólico e as constituições instrumentalistas, tendo em vista que o simbolismo atua como estratégia de manutenção da estrutura instrumentalista vigente. No caso brasileiro (conforme apontado por Marcelo Neves em sua obra “Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro”, há, historicamente, um movimento pendular entre constituições nominalistas – da qual faz parte a constituição de

possibilidade de que os atuais governantes percam seus poderes institucionais³⁸.

Desta feita, por conta desta bipartição estrutural, as composições de poder acabam por ser monopolizadas pela parcela sobreintegrada, afastando a busca por integração e estabilidade social³⁹ com a finalidade de manutenção de privilégios do próprio establishment, em um processo de criação de entraves institucionais excludentes em detrimento de inclusão isonômica da parcela subintegrada.

Percebe-se, portanto, que o simbolismo constitucional, quando intencionalmente provocado, pode atuar como instrumento de perpetuação das estruturas de poder vigentes, em que o uso prolongado desse instrumento gera distorções, fruto do prolongamento da discrepância extremada entre previsões constitucionais e realidade inconstitucional, com a deslegitimação da própria Constituição, o que permite a abertura à disseminação de um ideal — e perigoso — anseio de reformulação da carta magna à proporção que o sistema constitucional perde significado como ordem básica e horizonte da política⁴⁰.

Nesse sentido, na medida em que o texto constitucional não se concretiza normativamente de forma generalizada, impossibilita-se o desenvolvimento da Constituição como normatização mais compreensiva, em que o paradoxo da realidade

1988 – e instrumentalistas. Há de se entender aqui o primeiro tipo como as constituições que buscam um dever ser e o segundo tipo como constituições que servem efetivamente de instrumentos para a manutenção de determinada estrutura estatal de poder, sendo típica de governos autoritários.

38 PRZEWORSKI, Adam. Ruling against rules. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (Ed.). *Constitutions in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2013. p. 32

39 O princípio da isonomia na jurisprudência do STF segue a perspectiva filosófica do sentido de justiça cunhado por Aristóteles, que define que é necessário “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Vide: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Brasília – UnB, 1999.

40 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro* – São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 151.

constitucional inconstitucional, acaba por importar uma práxis política na qual se “adotam ou rejeitam os critérios normativos procedimentais previstos no texto constitucional, conforme eles correspondam ou não à constelação de interesses concretos das relações de poder”⁴¹, com práticas informais descaracterizadoras dos próprios procedimentos constitucionais, refletindo os efeitos de uma deslegitimação constitucional produzida pela perpetuação do simbolismo⁴².

3. O CONSTITUCIONALISMO SIMBÓLICO COMO ABERTURA PARA O AUTORITARISMO ANTE A FALTA DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL.

Apesar da pluralidade de sentidos e significados para a ideia de legitimidade constitucional, em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade constitucional, depende de um procedimento que envolva a devida reflexão de visões que possam ser compartilhadas, com base em um acordo racional, bem-informado e voluntário⁴³, na projeção conceitual de um sistema que permita que as decisões sejam desenvolvidas de forma coerente⁴⁴ com outras instituições, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade^{45,46}.

41 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica* – São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 155.

42 Idem.

43 WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

44 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 254.

45 RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261-305.

46 A justiça como equidade na concepção rawlsiana, envolve dois princípios de justiça: a) o de que toda pessoa tem igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos (projeto este compatível com os demais), e, nesse projeto, as liberdades políticas deverão ter seu valor equitativo

Como resultado, a legitimidade constitucional depende de pluralismo e consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento, na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de toque para criação de um diálogo plural que permita a transformação da sociedade.

Logo, é fundamental a construção de um ambiente pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, na busca da uniformidade de interpretação, decisão e atuação das instituições, tendo como alvo o funcionamento da máquina estatal e a produção de um diálogo efetivo, em que os deveres institucionais sejam determinados mais concretamente, por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade⁴⁷.

Neste sentido, para uma generalização congruente de expectativas normativas de comportamento e reflexão dos interesses sociais, alguns critérios parecem imperativos necessários à construção legitimatória, como: a) a efetividade das decisões emitidas pelo tribunal constitucional; b) a vontade de cumprimento dos valores constitucionais; c) a reflexão normativa da Constituição; d) a adaptabilidade constitucional; e e) a amplitude

garantido; e b) o de que as desigualdades sociais e econômicas, devam estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, e devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Da junção destes dois princípios (com prioridade do primeiro sobre o segundo), decorrem as instituições básicas de uma democracia constitucional, bem como as características e elementos principais de uma concepção liberal de justiça. Logo, uma concepção política de justiça, deve envolver a devida reflexão (equilíbrio reflexivo), das concepções dos indivíduos, refletida em todos os níveis de generalidade. Assim, a justiça como equidade, tem sua ideia organizadora em uma sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social, entre pessoas livres e iguais. Além do que, tem como objetivo uma concepção de justiça que possa ser compartilhada pelos cidadãos, com base em um acordo político racional, bem-informado e voluntário. Logo, a justiça como equidade, parte da ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo, de uma geração até a seguinte, e, da mesma forma, a teoria da justiça como equidade é uma concepção liberal, bem como uma concepção de justiça válida para uma democracia, proporcionando uma base para os princípios constitucionais e para os direitos e liberdades básicas. RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 199-241.

47 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.

de participação na formulação do acordo constitucional.

Acerca do primeiro critério, cabe lembrar que, ao se enfrentar o debate recente da jurisdição constitucional⁴⁸, observa-se claramente que, principalmente no sistema jurídico europeu, a regulamentação jurídica da relação entre indivíduo e Estado se desenvolvia essencialmente em um plano infraconstitucional, cabendo às Constituições a mera função de definir a estrutura de governo e organização de poder, visto que o aspecto material da Constituição restaria integralmente sujeito à liberdade de configuração do legislador, no que a Supremacia do Parlamento não admitia a possibilidade de um controle externo do legislador soberano, reduzindo a função judicial à condição de mero aplicador da lei, incompatível com o modelo do *judicial review*⁴⁹.

Tal concepção essencialmente eurocêntrica, contudo, vem a sofrer uma mudança radical a partir do século XIX, com a introdução pelos Estados Unidos da América da ideia de que as decisões emanadas do Poder legislativo, dotadas de legitimidade democrática, podem ser submetidas à jurisdição constitucional, iniciado com o julgamento de *Marbury v. Madison* em

48 Para Kelsen, a jurisdição constitucional é a garantia constitucional da jurisdição. KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 123- 124.

49 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 41-49.

180350 pela Suprema Corte norte-americana⁵¹.

50 É interessante esclarecer o panorama histórico e político envolvendo *Marbury v. Madison*, e o simbolismo em torno do caso. Os Estados Unidos da América conquistaram sua independência em 1776, e, em 1787, a Constituição norte-americana foi aprovada durante a Convenção Constitucional da Filadélfia. À época, as instabilidades políticas eram múltiplas, com a tensão com a Inglaterra e as disputas internas de poder entre federalistas e democrata-republicanos. Nas eleições de 1800, os democrata-republicanos obtiveram maioria nas duas casas do Poder Legislativo, e Thomas Jefferson, um dos criadores do partido democrata-republicano, conseguiu derrotar o candidato do então presidente John Adams, Aaron Burr, na disputa pela presidência da República. Adams, ciente da derrota, e, de forma a se resguardar, tratou de aparelhar politicamente o Poder Judiciário. Assim, inicialmente, aprovou o Judiciary act em janeiro de 1801, criando dezoito cargos judiciais, com a suposta pretensão de consolidar o Poder Judiciário no país e desvincular os juizes da Suprema Corte da atuação simultânea como circuit justices. Em fevereiro do mesmo ano, e a menos de 15 dias do término de seu mandato, Adams aprovou o The organic act of District of Columbia, uma lei de organização por meio da qual foram criados quarenta e dois cargos de juiz de paz, que foram preenchidos por meio de um procedimento relâmpago. Por fim, Adams nomeou seu então Secretário de Estado, John Marshall, à presidência da Suprema Corte norte-americana. A estes futuros agentes públicos, os democrata-republicanos denominaram midnight judges, associando a nomeação dos mesmos aos momentos finais do governo de Adams. De toda sorte, com a nova composição do Congresso, de maioria democrata-republicana, o Judiciary act foi revogado pelo Repeal Act de 1802, levando à extinção dos cargos de circuit judge e à retirada dos respectivos juizes de seus postos. Não tardou para que os conflitos de interesses se judicializassem. Joseph Reed, circuit judge prejudicado pela revogação do Judiciary act, pediu a manutenção do pagamento de sua remuneração. Stuart, outro circuit judge prejudicado, requereu que a revogação do Judiciary act fosse declarada inválida pela Suprema Corte, com a retomada do cargo. Por fim, e certamente não menos importante, William Marbury impetrou writ of madamus, reuendo que lhe fosse dada a posse no cargo de juiz de paz, visto que, apesar de já nomeado com base no The organic act of District of Columbia, o Secretário de Estado do presidente Jefferson, James Madison, não deu a Marbury a investidura no cargo de juiz de paz. O caso de William Marbury foi julgado antes dos demais pela Suprema Corte, e relatado pelo Presidente da Suprema Corte, o Chief Justice John Marshall, nomeado pelo antigo Presidente Adams. Marshall entendeu que os juizes possuíam direito à investidura, e a propositura da ação para obrigar o Estado a cumprir seu dever era o procedimento correto, mas, por outro lado, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que atribuía competência à Suprema Corte para julgar a matéria, pois, no entendimento de Marshall, as competências originárias da Suprema Corte estariam submetidas à reserva de Constituição. Assim, Marshall inaugura o judicial review moderno, que corresponde à viabilidade do Poder Judiciário, à luz de parâmetros constitucionais, revisar atos emanados dos outros Poderes. BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-32.

51 O artigo III da Constituição norte-americana afirma que o “poder judicial dos

Em *Marbury v. Madison*, John Marshall que era o Chief of Justice, manejou o raciocínio, inovador à época, de que no conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer, por ser hierarquicamente superior⁵², e nesse sentido, origina o debate moderno sobre o papel do Judiciário federal no constitucionalismo norte-americano, que posteriormente se desenvolve com o aumento lento e gradual da jurisdição constitucional no final do século XIX e início do século XX, especialmente com a ratificação das emendas da Guerra Civil (em especial a Décima Quarta Emenda), o Jurisdiction and Removal Act de 1875 e o Judiciary Acts de 1891 e 1925⁵³, que aumentam a atuação da Suprema Corte sobre casos constitucionais⁵⁴.

Uma das principais vantagens do modelo de judicial review, seria que o isolamento relativo de juízes da influência política tende à imparcialidade, ou seja, através da jurisdição constitucional, um dos papéis institucionais mais importantes das cortes é o de proteger os direitos das minorias diante dos abusos das majorias, visto que o insulamento dos juízes confere uma

Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer”. GRIFFIN, Stephen. *American constitutionalism: from the theory to the politics*. Princeton University Press, 1999, p. 90-91.

52 Todavia, em *Stuart v. Laird*, julgado uma semana após *Marbury v. Madison*, que envolvia o pleito de Stuart para a retomada do cargo de circuit judge, e cujo advogado, Charles Lee, foi o mesmo que atuou em *Marbury*, a posição da Suprema Corte norte-americana foi exatamente no sentido oposto. A tese da Suprema Corte, capitaneada pelo Justice William Paterson, foi a de que o Congresso tinha autoridade sob a Constituição tanto para estabelecer, como abolir, os circuit judges. Cabe adicionar que John Marshall declarou-se impedido de julgar o caso *Stuart v. Laird*, alegando ter funcionado como circuit judge no juízo a quo. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 35-40.

53 GRIFFIN, Stephen. *American constitutionalism: from the theory to the politics*. Princeton University Press, 1999, p. 96-97.

54 Na verdade, antes de 1860, apenas duas leis federais foram consideradas inconstitucionais, juntamente com trinta e cinco disposições de leis estaduais e locais. Após 1860, o ritmo em que as leis estaduais e locais foram consideradas inconstitucionais aumentou consideravelmente, e a invalidação de leis federais tornou-se comum. GRIFFIN, op. cit., p. 97.

vantagem institucional comparativa para desempenhar essa relevante função contramajoritária^{55,56}, que em certa medida, funciona com o papel de estabilizadora institucional, arbitrando conflitos, e resguardando os valores fundamentais e os procedimentos democráticos⁵⁷.

Em relação ao segundo critério de legitimação constitucional, qual seja, o da vontade de cumprimento dos valores constitucionais pelos particulares, é necessário entender a Constituição não apenas como um texto definidor de diretrizes procedimentais estatais, mas também como um manifesto de valores sociais a serem concretizados, presentes em toda a delicada tessitura sistêmica, que também se estende às demais normas do ordenamento⁵⁸ e à realidade social, sob pena do texto constitucional ser paulatinamente esvaziado e deslegitimado.

Desta feita, o uso de ferramentas de legitimação democrático-constitucional e o aprofundamento do processo de concretização normativa, como um norte do pensamento social, permite que a vontade da Constituição seja convertida em uma força ativa na consciência geral, aplicada ao cotidiano dos valores e como norte do pensamento social.

Da mesma forma, a reflexão normativa da Constituição, com a redução do distanciamento entre previsão e realidade constitucional, permite a concretização das normas constitucionais no interior da realidade social, superando a dicotomia norma/realidade constitucional, e, nessa perspectiva, o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação

55 NEGRETTO, Gabriel. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. *Revista Mexicana de Sociología*, v. 65, n. 1, 2003, p. 41-76.

56 KERSCH, Ken I. The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary and the Rule of Law. *Washington University Global Studies Law Review*, n. 4, 2005, p. 345.

57 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

58 MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil*, v. 65, p. 21-32, 1993.

através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização da legitimidade constitucional⁵⁹.

Desta feita, esse processo de concretização “designa a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que a subjaz — normatividade concreta — quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade — normatividade materialmente determinada”⁶⁰, em que “os valores constitucionais se esvaziam e perdem força quando a interpretação constitucional se dá desacompanhada do devido processo de concretização, seja pelo cumprimento de decisões judiciais, pela vivência social ou qualquer outro meio”⁶¹.

Por sua vez, a necessidade de tornar duradoura a Constituição, se adaptando às novas questões sociais, bem como a amplitude de participação na formulação do acordo constitucional, são temas diretamente relacionado ao conceito de resiliência ou longevidade constitucional, na medida em que a democracia, um dos pilares centrais dos Estados democráticos de direito modernos, se fortalece com a estabilidade constitucional⁶².

Consequentemente, a abertura no processo de criação e de reforma constitucionais, acaba por gerar mais identificação e adesão de seus destinatários, com a reformulação dos conceitos de representação, por meio do reconhecimento popular, reescrevendo as fronteiras do constitucionalismo, por um policentrismo constitucional-popular, que leva à melhor estruturação do processo democrático e da legitimação da Constituição⁶³.

59 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica* – São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 83-84.

60 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 35-36

61 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003. *Direito e Democracia*, 1982.

62 MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *Resiliência Constitucional e o papel estabilizador das constituições nas sociedades democráticas*. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 1, p. 1339-1364, 2019.

63 ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009. 270pp.

Neste sentido, apesar de não ser uma tarefa simples definir os elementos que devem ser considerados para construir uma constituição resiliente, especialmente com o desenvolvimento de uma sociedade interdependente e interpenetrante, que se interage cada vez mais profundamente, existem alguns aspectos que devem ser observados para lidar com problemas, superar obstáculos ou resistir a situações adversas, encontrando soluções para superar as desestruturações em um sistema constitucional.

Assim, a longevidade constitucional nas sociedades democráticas, deve ser construída sobre uma proposta que atenda aos interesses e valores da coletividade, pautada por uma ordem democrática, fruto de um discurso racional na esfera pública, norteado pelos valores e fundamentos de uma comunidade em que haja cooperação jurídico-política, a partir de um procedimento de decisão coletiva, compatível com as diferentes concepções individuais.

Nesta perspectiva, o sistema constitucional deve ser reescrito para endossar o conceito de uma sociedade plenamente integrada e harmoniosa e interconectada, baseada no desenvolvimento de modelos dialógicos, para aumentar a legitimidade da questão democrática, baseado no respeito e tolerância.

Além disso, a longevidade constitucional está relacionada com a inclusão da comunidade no desenho constitucional, se conectando à plasticidade da constituição para se adaptar às novas questões sociais e à capacidade de aumentar permanentemente a legitimidade e o respeito à constituição, em um processo contínuo de reconhecimento e pluralismo no contexto de sociedades complexas, especialmente no que toca aos desdobramentos na estabilidade social alcançada pelas constituições em cenários democráticos⁶⁴,

64 Os dados apresentados pelos autores sugerem que a duração constitucional está positivamente associada ao PIB de um país, à democracia e à estabilidade política. Em média, quando as constituições possuem maior longevidade, os países são mais ricos, mais democráticos, politicamente mais estáveis e passam por menos crises institucionais. ELKINS; GINSBURG; MELTON, loc. cit.

Portanto a preocupação da incongruência de expectativas normativas aos interesses sociais, deve ser uma tônica das sociedades multifacetárias, na medida em que o simbolismo constitucional, tal como um pequeno fluxo de água na rocha, desgasta a democracia e a Constituição, ao abrir reentrâncias, que permitem a corrosão da sociedade e das instituições por ideais autoritários⁶⁵, em um processo de degradação da legitimação que, de maneira sutil e por dentro do próprio sistema, permite que os procedimentos deliberativos e democráticos sejam utilizados como instrumentos de ascensão ao poder para implementação de regimes autoritários, criando bloqueios e vácuos que subvertem o próprio processo que levou ao poder os líderes eleitos, permitindo, sem que ao menos percebamos, a debilidade paulatina da democracia e da própria Constituição⁶⁶.

CONCLUSÃO.

Nas sociedades contemporâneas, cada vez mais, se mostra presente a ideia de que a congruente generalização das expectativas dos indivíduos, muitas vezes se encontra em desconformidade com a normatividade produzida, o que traz diversos questionamentos sobre o vácuo deixado pelo espaçamento entre realidade e normatividade inconstitucional.

Neste quadro, o constitucionalismo simbólico, acaba por demonstrar que não é possível dissociar a intencionalidade inerente ao processo de não concretização das previsões normativas, da realidade apresentada pelo viver social cotidiano, o que,

65 O simbolismo constitucional, seguindo a lógica quadripartida de Tom Guinsburg, quando da modalidade de “Planta Baixa” inserida em uma conjuntura fértil aos cinco critérios de legitimidade democrático-constitucional, apresenta aspectos positivos pelo fato de orientar e guiar os jurisdicionados a uma realidade fática que naturalmente segue a metodologia Kaizen de melhoria contínua, seguindo a máxima “melhor que ontem, pior que amanhã”. O constitucionalismo simbólico, nesse caso, se mostra apto a difundir princípios pluralistas e integrativos.

66 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

muitas vezes é o resultado da manutenção das estruturas reais de poder sob o domínio de grupos sobreintegrados que buscam a manutenção — quiçá ampliação — de privilégios em detrimento do fornecimento de condições básicas de existência para uma ampla massa subintegrada, estruturalmente negada de participação nas relações de poder.

Por outra ótica, a tentativa de não-expansão deste vácuo, permite que observemos uma tendência de equalização social, na medida em que, as previsões normativas, ainda que não reflitam o convívio social diário, atuam como bússolas ou aspirações que guiam a ampla maioria dos indivíduos na efetivação dos Direitos Humanos e garantias fundamentais à toda a coletividade.

Assim, nos modelos de “Fachada do constitucionalismo simbólico, o simbolismo atua como ferramenta de demonstração — tipicamente para um público externo — uma falsa preocupação para com a efetivação de direitos básicos. Já nos modelos de “Plantas-Baixas” do constitucionalismo simbólico, o que se tem é o simbolismo atuando como diretriz social, ou de outra forma, a atividade descritiva da Constituição se faz não em relação à organização social contemporânea, mas sim objetivando que se chegue em uma organização social futura que se encontre em patamar superior à atual.

Nesse sentido, é preciso que observemos que o constitucionalismo simbólico, em democracias recentes e periféricas, como o Brasil, existe grande potencialidade de inversão da lógica da atividade política enquanto congruente generalização das expectativas, tornando-a mero instrumento de manutenção das estruturas reais de poder em detrimento das necessidades existentes por uma sociedade integrativa, plural e isonômica.

Ademais, tal potencialidade pode ainda ser observada no que tange ao risco de instauração de um sistema autoritário de governo, em que o esgarçamento extremo da ordem institucional trazida com o uso prolongado e desenfreado do simbolismo, torna a ordem constitucional parte do próprio debate político

sobreintegrado, o que aponta para o debate acerca dos efeitos de uma deslegitimação constitucional produzida pela perpetuação do simbolismo.

Neste sentido, a descrença na ordem constitucional pode vir a inflamar os desejos pelo estabelecimento de uma nova ordem de poder, supostamente, capaz de — quase que milagrosamente — solucionar todos os problemas existente — problemas esses que tipicamente são causados justamente pelos grupos sobreintegrados que invariavelmente continuarão em posições de poder na nova ordem vigente.

Nesse processo, a população paulatinamente aumenta o seu descrédito em relação à norma constitucional, reduzindo os níveis de identificação do indivíduo para com a ordem jurídica a que se submete, legitimando e apoiando escaladas de autoritarismo por parte dos grupos sobreintegrados, falsamente comprometidos com a efetiva evolução do sistema social.

É preciso, portanto, buscar a integração da sociedade na atividade política, seguindo critérios legitimatórios e levando à ampliação do sentimento de pertencimento social para com a carta constitucional, para que não haja rupturas ou maiores esgarçamentos da ordem democrático-constitucional, mas sim sua evolução frente a realidade na qual está inserida, buscando uma sociedade plural que permita a integração e a efetivação de valores sociais básicos dos mais variados grupos integrantes da sociedade.



REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 133, p. 633, 2000.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Brasília – UnB, 1999.

- BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência – São Paulo. Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 17, n. 1, p. 105-138, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, 1961.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009. 270pp.
- GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (Ed.). *Constitutions in authoritarian regimes*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e*

- validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003. Direito e Democracia, 1982.
- HABERMAS, Jürgen. Teoria de la accion comunicativa. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.
- HAMILTON, A. O. Federalista n 78. In: Os juízes como guardiões da constituição. MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. O Federalista. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, p. 417-421, 1984.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Direito Público, v. 11, n. 60, p. 25-50, 2015.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. Diversidade Cultural, Identidade Nacional Brasileira e Patriotismo Constitucional. In: LOPES, Antonio Herculano e CALABRE, Lia. Diversidade Cultural Brasileira. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.
- MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 376p .
- MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. Resiliência Constitucional e o papel estabilizador das constituições nas sociedades democráticas. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 1, p. 1339-1364, 2019.
- MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da

- leitura institucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, 2014, p. 1-46.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil*, v. 65, p. 21-32, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de informação legislativa*, v. 132, n. 33, p. 321-330, 1996.
- NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: Uma Abordagem Teórica e uma Interpretação do Caso Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- RODRIGUES, Nelson. Complexo de vira-latas. *Revista Iátrico*, n. 34, 2014.
- ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. Cardoso Law School, Working Paper Series, n. 36, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350>. Acesso em: 6 fev. 2016.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Mito e história da Constituição*:

- prelúdios sobre a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 177-201.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crisis e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SUNSTEIN, Cass R. *Beyond Judicial Minimalism*. Harvard Public Law Working Paper, n. 08-40, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1274200>>. Acesso em: 6 fev. 2016.
- SUNSTEIN, Cass R. *Beyond Marbury: the Executive's power to say what the Law is*. Chicago Law School and Economics Working Papers Series, n. 268, 2005.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.
- TREMBLAY, Luc. *The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005.
- VERMEULE, Adrian. *System Effects and the Constitution*. Harvard Law School Paper, n. 642, 2009.
- WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução Julia Sichieri Moura. In:

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Limites do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.