



**O PROBLEMA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA  
(RESENHA DO LIVRO: NEVES, MARCELO. A  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA SÃO PAULO: MARTINS  
FONTES, 2007)**

*Professor Doutor Orlando Villas Bôas Filho<sup>1</sup>*

*Professor da Faculdade de Direito - UPM*

Em que medida Constituições que proclamam assegurar direitos fundamentais que são sistematicamente desrespeitados ou não implementados podem ser caracterizadas como horizonte capaz de orientar a ação jurídica dos indivíduos? Em que medida o déficit de concreção jurídico-normativa dos textos constitucionais não constitui apenas um problema redutível à questão da ineficácia das normas constitucionais e sim a hipertrofia de sua função simbólica? Em que medida essa questão de déficit de concreção jurídico-normativa pode ser compreendida como um problema específico da modernidade periférica, na qual se inseriria a sociedade brasileira?

O livro de Marcelo Neves, intitulado A constitucionalização simbólica, aborda em profundidade essas questões. A obra que agora chega ao leitor brasileiro, em cuidada reedição realizada pela Editora Martins Fontes, consiste numa versão revista, ampliada e atualizada do texto alemão, publicado pela editora Duncker und Humblot, em 1998. Uma primeira versão do livro, correspondente ao

---

<sup>1</sup> Orlando Villas Bôas Filho. Bacharel em Direito (PUC/SP), História (USP) e Filosofia (USP). Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Pesquisador do Núcleo de Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - CEBRAP e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

trabalho por meio do qual o autor obteve o cargo de Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, já havia sido publicada no Brasil em 1994, pela Editora Acadêmica, sem, entretanto, receber a devida visibilidade em razão de problemas de distribuição.

Trata-se de uma obra que, no âmbito do itinerário intelectual do autor, se posiciona entre a publicação do livro intitulado *Constituição e Positividade dos direitos na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro* (*Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*), ocorrida em 1992 e ainda inédito em português, e do livro intitulado *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas* (*Zwischen Themis und Leviathan: Eine Schwierige Beziehung – Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstats in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*), publicado originalmente em alemão, em 2000, pela Editora Nomos e, em português, pela Editora Martins Fontes, em 2006.

Nesse sentido, o livro *A constitucionalização simbólica*, de um lado, retoma aspectos da análise do autor acerca das vicissitudes encontradas pelo direito no contexto da modernidade periférica, por meio da qual abordava criticamente as limitações da concepção luhmanniana da diferenciação e da autonomia operacional do sistema jurídico nas sociedades complexas, tomando como base o caso brasileiro (objeto do livro de 1992, que consiste na Tese de Doutorado, defendida pelo Autor na Universidade de Bremen, Alemanha) e, de outro, já prepara o caminho para a abordagem posteriormente realizada no livro intitulado *Entre Têmis e Leviatã* (consistente da Tese de Livre-Docência, apresentada à Universidade

de Friburgo, na Suíça, em 2000) que, baseado na teoria dos sistemas e na teoria do discurso, enfoca os problemas enfrentados pelo Estado democrático de direito na atualidade, sobretudo no que concerne à articulação entre a facticidade do poder estatal e a pretensão de legitimidade do direito que, em sua análise, são associadas, em termos metafóricos, às figuras de Leviatã e Têmis, respectivamente.

Para dar conta da tarefa a que se propõe, a obra está estruturada em três capítulos seguidos de um excurso, inserido na nova edição, à guisa de considerações finais, intitulado “Constitucionalização simbólica da sociedade mundial? Periferização do centro?”, no qual são discutidos os efeitos decorrentes da expansão do código do poder econômico em relação à perda de capacidade normativa das constituições nos Estados de Direito Consolidados, que geram uma espécie de “periferização do centro”, entendido como um fenômeno de extensão a tais espaços da situação de constitucionalização simbólica que, no entendimento do autor, seria um problema específico da modernidade periférica.

A análise se inicia com uma rigorosa e detalhada reconstrução do debate referente à questão da legislação simbólica desenvolvido na teoria do direito alemã nas duas últimas décadas do século XX. Trata-se de um momento em que o autor, demonstrando todo seu rigor conceitual, procura determinar o sentido dos termos “símbolo”, “simbólico” e “simbolismo” em meio à ambigüidade semântica que lhes são próprias. Para tanto, após examinar as diversas maneiras pelas quais tais termos são conceitualmente definidos em importantes autores da tradição filosófica e científica ocidental – tais como Cassirer, Lévi-Strauss, Bourdieu, Freud, Jung, Lacan,

Castoriadis, Peirce, Firth, Saussure, Carnap, Luhmann etc. – é feita uma delimitação semântica da expressão “legislação simbólica”.

Assim, mediante a distinção (típico-ideal) entre funções instrumentais, expressivas e simbólicas da legislação, Marcelo Neves define a legislação simbólica como aquela em que há o predomínio ou hipertrofia da função simbólica (essencialmente político-ideológica) em detrimento da função jurídico-instrumental (de caráter normativo-jurídico). Nesse sentido, a marca distintiva da legislação simbólica consistiria na “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”

Definida, portanto, a legislação simbólica como aquela em que, em razão da prevalência da dimensão político-ideológica, há um déficit de concreção normativa, Marcelo Neves, baseando-se em Harald Kindermann, propõe uma tipologia tricotômica que, em seu entendimento, seria expressiva de seu conteúdo. Nesse sentido, a legislação simbólica serviria a diversos propósitos: a) confirmação de valores sociais; d) demonstração da capacidade de ação do Estado (legislação-álibi, na qual se cria uma imagem favorável do Estado no que concerne à resolução de problemas sociais); c) fórmula de compromisso dilatatório (adiamento de solução dos conflitos).

Entretanto, é preciso notar que, posta nesses termos, a problemática relativa à legislação simbólica se afigura muito mais complexa que sua simples redução à questão da irrelevância social da legislação ou da carência de eficácia normativa de certos textos legais. A legislação simbólica apresentaria efeitos sociais “indiretos e latentes” que, muitas vezes, seriam mais relevantes que os “efeitos manifestos” de que careceria. Nesse sentido, a legislação simbólica

seria caracteriza justamente por ser normativamente ineficaz, sem que disso resultem apenas efeitos negativos, dentre os quais sobressai sua incapacidade de direção normativa das condutas. Entretanto, os efeitos positivos dessa legislação seriam essencialmente políticos e não propriamente jurídicos.

Feita essa análise acerca da legislação simbólica, Marcelo Neves passa a estar apto a discutir a questão da constitucionalização simbólica, que constitui o objeto do segundo capítulo do livro. Assim, após tratar o problema da plurivocidade do termo “Constituição” na semântica social e política, recuperando seu uso em diversas concepções - sociológica, jurídico-normativa, axiológico-ideal e dialético-cultural – Marcelo Neves, apoiando-se no modelo sistêmico proposto por Niklas Luhmann, define “Constituição” em termos de acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico e como mecanismo que permite a autonomia operacional do direito na sociedade moderna.

A Constituição, enquanto mecanismo que permite a autonomia operacional do sistema jurídico, permite que o mesmo se desvincule de apoios externos, tais como o direito natural. Por essa razão, a Constituição aparece como condição da reprodução autopoietica do direito moderno, pois possibilita seu fechamento normativo e operacional, fornecendo o limite interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo. Isso significa que a Constituição, definida nesses termos, impede que o sistema jurídico seja bloqueado por diversas expectativas conflitantes de comportamento que emanam do contexto hipercomplexo da sociedade moderna.

Esse conceito de Constituição, fundado no modelo sistêmico de Luhmann, associa-se à noção moderna de “constitucionalização” e permite ao autor enfrentar a questão relativa à relação entre texto e

realidade constitucionais, que é abordado pelo autor em termos de “concretização” das normas constitucionais. Partindo da recuperação dos aspectos essenciais dos modelos de Friedrich Müller e Peter Häberle, na teoria constitucional alemã, Marcelo Neves define, negativamente, a constitucionalização simbólica em termos de déficit de concretização jurídico-normativa do texto constitucional, que faz com que o mesmo perca sua capacidade de orientação generalizada das expectativas normativas. Entretanto, o autor também observa que, no plano da fundamentação político-ideológica, a constitucionalização simbólica desempenharia um papel ativo no sentido de encobrir problemas sociais, obstruindo transformações efetivas e conseqüentes da sociedade.

Entretanto, Marcelo Neves ressalta que essa capacidade de encobrimento da constitucionalização simbólica apresentaria limites que poderiam ensejar conseqüências de difícil previsão. Nesse sentido, o distanciamento em relação à realidade social pode conduzir a um desgaste das constituições simbólicas cujo resultado seja a eclosão de movimentos sociais e políticos consistentes no sentido de transformações efetivas no sistema constitucional. Entretanto, também é possível que conduza à apatia das massas e ao cinismo das elites, não ficando descartada a possibilidade de emergência de posturas autoritárias que simplesmente instrumentalizem a constituição de modo a excluir ou limitar drasticamente o espaço de crítica em relação à “realidade” do poder.

Por fim, o conceito de constitucionalização simbólica é tratado em termos de “alopoiése” do direito (definida em termos reprodução do sistema jurídico a partir de critérios, programas e códigos provenientes de seu ambiente), o que demanda que o autor recupere aspectos essenciais de sua análise anterior acerca dos limites da

concepção luhmanniana de diferenciação e autonomia operacional do sistema jurídico em sociedades complexas. É nesse sentido que Marcelo Neves problematiza a possibilidade de descrever genericamente o direito da sociedade moderna como autopoietico (ou seja, capaz de se autoproduzir consistentemente a partir de seus próprios critérios, códigos e programas).

Mediante a ênfase no caráter heterogêneo que marca a sociedade moderna, definida enquanto sociedade mundial (ou seja, sem barreiras territoriais à comunicação), Marcelo Neves distingue uma bifurcação que leva à sua divisão em uma modernidade central e outra periférica. Trata-se de uma distinção, já explorada pelo autor em sua tese de doutorado, que constitui um esforço significativo para a superação de uma visão homogeneizada e empiricamente limitada da sociedade moderna.

Indicadas as diferenças entre esses dois contextos (central e periférico), Marcelo Neves ressalta que a constitucionalização simbólica, enquanto sobreposição do sistema político sobre o jurídico, seria um problema específico dos países que compõem a modernidade periférica, nos quais seria recorrente o problema da auto-referência deficitária do sistema jurídico. Desse modo, a constitucionalização simbólica consistiria essencialmente no bloqueio político destrutivo que obliteraria a reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico, acarretando, com isso, a perda da relevância normativo-jurídica dos textos constitucionais na orientação das expectativas normativas. Aliás, nesse contexto, a própria autonomia do sistema político é comprometida tornando-o suscetível a influências imediatas de interesses particularistas.

O bloqueio particularista reiterado do processo de concretização constitucional que decorre da sobreposição destrutiva dos códigos binários de outros sistemas sociais (especialmente o código ter/não-ter da economia e o código poder/não-poder da política), ao engendrar a perda de nitidez dos contornos diferenciadores do sistema jurídico em relação ao seu ambiente, acarreta uma “politização desjuridicizante” da realidade constitucional com efeitos profundamente deletérios.

Segundo Marcelo Neves tais efeitos seriam típicos da modernidade periférica, caracterizada pela “heterogeneidade estrutural” que se expressa numa sobreposição intrincada de códigos e programas tanto entre os diversos subsistemas sociais quanto no próprio interior deles. É nesse contexto que se colocam os problemas decorrentes das relações de “subintegração” e “sobreintegração”, que fazem recrudescer os bloqueios à reprodução autopoietica do sistema jurídico. Por essa razão, a Constituição, nos países da modernidade periférica, não funcionaria como mecanismo de “acoplamento estrutural” entre os sistemas político e jurídico e sim como um fator de bloqueio e politização do sistema jurídico, encobrindo, ademais, relações concretas de “subcidadania” e “sobrecidadania”.<sup>2</sup>

Com a alusão ao contexto brasileiro Marcelo Neves procura obter uma ancoragem empírica à sua análise. Para tanto, recupera a interpretação proposta em sua tese de doutorado (publicada na Alemanha em 1992), segundo a qual a experiência constitucional brasileira oscilaria entre o instrumentalismo (Constituições de 1937

---

<sup>2</sup> No mesmo sentido, ver: NEVES, M. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados* – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275. Para uma análise que, acerca dessa questão, contrasta os pensamentos de Marcelo Neves, Wanderley Guilherme dos Santos, Jessé Souza e Lúcio Kowarick, ver: VILLAS BÔAS FILHO, O. *Uma abordagem sistêmica do direito no contexto da modernidade brasileira*. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 253-270.

e 1967/1969) e o nominalismo (Constituições de 1824, 1934, 1946 e 1988). Em ambos os casos, entretanto, estaria presente a dimensão simbólica que compromete a capacidade das Constituições de servirem como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado. Entretanto, o autor não ressalta que não se deve interpretar a constitucionalização simbólica como um “jogo de soma zero”. Dela podem decorrer tanto a ampliação da cidadania, mediante a atuação de movimentos e organizações sociais envolvidos na concretização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional, quanto a ruptura da ordem de poder estabelecida, com eventuais implicações politicamente contrárias à diferenciação e à identidade/autonomia do direito.

Por fim, no excurso intitulado “Perspectiva: Constitucionalização simbólica da sociedade mundial? Periferização do centro?”, inserido nesta nova edição, o autor, diante dos desenvolvimentos recentes da sociedade mundial, em meio à qual se expressa uma tendência à periferização do centro (denominada por autores como Ulrich Beck como “brasilianização do Ocidente”), se questiona acerca da possibilidade de extensão da constitucionalização simbólica aos Estados que se inserem no âmbito da modernidade central. Partindo de uma análise que conjuga e contrapõe as perspectivas de Jürgen Habermas e Gunther Teubner (que também aparece, a partir de outras premissas e visando outras finalidades, no excurso do livro *Entre Têmis e Leviatã*), Marcelo Neves ressalta que a expansão do código do poder econômico em escala mundial pode provocar efeitos destrutivos à autonomia dos sistemas jurídico e político também nos Estados da modernidade central, com a decorrente perda de normatividade

jurídica das Constituições que, nesse sentido, passariam a desempenhar, também nesses contextos, uma função hipertroficamente político-simbólica.<sup>3</sup>

Percebe-se assim que, tal como ocorre nas demais obras de Marcelo Neves, também este livro é caracterizado por análises extremamente originais, refinadas e conceitualmente precisas, a partir das quais é possível verificar, além de rigor e erudição, a capacidade de distanciamento crítico de um autor cujo pensamento se consolida cada vez mais como indispensável ao debate jurídico e sociológico atual.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> A problemática referente à periferização do centro do sistema mundial é tratada por vários autores, a partir das mais diversas perspectivas. No que concerne à chamada “brasilianização da Europa”, ver, por exemplo, BECK, U. *O que é globalização? equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 277-279. No que concerne a uma análise que parte da perspectiva brasileira, ver: ARANTES, P. E. A fratura brasileira no mundo: visões do laboratório brasileiro da mundialização. In: \_\_\_\_\_. *Zero à esquerda*. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2004, p. 25-77.

<sup>4</sup> Além dos livros intitulados *Entre Têmis e Leviatã* e *A constitucionalização simbólica*, publicados pela editora Martins Fontes, respectivamente, em 2006 e 2007, os principais artigos e capítulos em obras coletivas de Marcelo Neves disponíveis no Brasil são: NEVES, M. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 356-376; \_\_\_\_\_. Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina. In: VILLEGAS, M. G.; RODRÍGUEZ, C. A. (Eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003. p. 261-290; \_\_\_\_\_. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, J. (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001. p. 111-163; \_\_\_\_\_. E se faltar do décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, A-J.; LOPES JR., D. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduções de Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 145-173; \_\_\_\_\_. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994; \_\_\_\_\_. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, J. (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001. p. 329-363; \_\_\_\_\_. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. *Lua Nova – Revista de Cultura Política*, n. 37, p. 93-106, 1996; \_\_\_\_\_. Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil. In: SOUZA, J. (Org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil e Estados Unidos*. Brasília: Paralelo, 1997. p. 253-275.