

CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA



MARCELO NEVES

▲
EDITORA
ACADÊMICA

MARCELO NEVES
Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife — Universidade
Federal de Pernambuco.

* * *

"Verfassungen sind oft hochherzige Dokumente; in der Erdschwere
des Tatsächlichen bewegen sich wenig vom historischen Fleck. Ob die
Normtexte der Verfassung zu Verfassungsrecht werden, hängt von der
spezifischen Dicht der realen gesellschaftlichen Verfasstheit ab".
(Müller, 1990b: 168)

. * * *

"As Constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes
para serem violadas..."
(Buarque de Holanda, 1988:136s.)

* * *

"A raiz é uma só: a criação de um mundo falso mais eficiente que o
mundo verdadeiro".
(Faoro. 1976:175).

* * *

A Constitucionalização Simbólica

EDITORA
ACADÊMICA

São Paulo — IW4

Editor Responsável: Prof. Sílvio Donizete Chagas
Divulgação e vendas: José Alves Carneiro
Diagramação: Márcio de Souza Gracia
Capa: Abelardo da Hora
Revisão: Domingas Ignez Brandini Ribeiro
 Clélia Eunice Chagas Franciulli

'BIBLIOTECA DE DIREITO PÚBLICO

Conselho Editorial

Prof. Clèmerson Merlin Clève (*Diretor*)
 Prof. Clóvis de Carvalho Júnior
 Prof. Dircêo Torrecillas Ramos
 Prof. Edmundo Lima de Arruda Júnior
 Prof. Gilmar Ferreira Mendes
 Prof. José Eduardo Martins Cardozo
 Prof. Luis Roberto Barroso
 Prof. Marcelo da Costa Pinto Neves
 Prof. Maurício Antônio Ribeiro Lopes
 Prof. Regina Maria Macedo Nery Ferrari
 Prof. Riva de Freitas
 Prof. Rui Décio Martins
 Prof. Sílvio Donizete Chagas

© 1994 by Autor

Todos os direitos reservados à

EDITORA ACADÊMICA
 Rua Planalto, 81 - CEP: 07171 - 110 - Tel.: (011) 998 - 0536 - Fax: 221 - 6060
 Jardim Presidente Dutra - Guaralhos - São Paulo - SP

Livraria Acadêmica
 Rua Senador Feijó, 176 - 7º andar - Cj. 704
 01006 - 000 - Centro - São Paulo - SP
 Tel: (011)605 - 5171

SUMÁRIO

<i>Introdução</i>	9
Capítulo 1	
Da Legislação Simbólica: Um Debate Propulsor.....	11
1. Ambigüidade de 'Símbolo', 'Simbólico' e 'Simbolismo'.....	11
1.1.0 Símbolo como Intermediação entre Sujeito e Objeto. O homem como Animal Simbólico.....	12
1.2. A Estrutura Social como Simbólica.....	12
1.3. Simbolismo e Simbólico na Psicanálise.....	14
1.4. Instituição como Rede Simbólica.....	18
1.5. O Símbolo na Semiótica.....	19
1.6. O Simbólico na Lógica.....	22
1.7. O Simbólico na Sociologia. Um exemplo da Teoria dos Sistemas.....	23
2. Delimitação Semântica.....	24
3. Política Simbólica <i>versus</i> Legislação Simbólica.....	26
4. Direito Simbólico <i>versus</i> Legislação Simbólica.....	28
5. Legislação Simbólica <i>versus</i> Rituais e Mitos Políticos.....	29
6. Por uma Conceituação.....	31
7. Tipos de Legislação Simbólica.....	33
7.1. Da Tipologia.....	33
7.2. Confirmação de Valores Sociais.....	34
7.3. Legislação-Álibi.....	37
7.4. Legislação como Fórmula de Compromisso Dilatório.....	41
8. Eficácia e Efetividade das Leis <i>versus</i> Efeitos Reais da Legislação Simbólica.....	42
8.1. Eficácia como Concretização normativa do texto legal.....	42
8.2. Efetividade como Realização da Finalidade da Lei.....	46
8.3. Efeitos Indiretos e Latentes da Legislação.....	47
8.4. Efeitos da Legislação Simbólica.....	49

Capítulo 2

...A Constitucionalização Simbólica: Abertura de um Debate.....	53
1. Constituição e Constitucionalização.....	53
1.1.0 Problema da Plurivocidade.....	53
1.2. O Debate Corrente sobre o Conceito de Constituição.....	54
1.3. A Constitucionalização.....	61
1.3.1. Constituição como Vínculo Estrutural entre Política e Direito.....	61
1.3.2. Constituição como Subsistema do Sistema Jurídico.....	63
1.3.3. Constituição como Mecanismo de Autonomia Operacional do Direito.....	65
1.3.4. Função Social e Prestação Política da Constituição.....	69
1.3.4.1. Direitos Fundamentais (Diferenciação da Sociedade) e Estado de Bem-Estar (inclusão).....	70
1.3.4.2. Regulação Jurídico-Constitucional do Procedimento Eleitoral.....	72
1.3.4.3. "Divisão" de Poderes e Diferença entre Política e Administração.....	74
2. Texto Constitucional e Realidade Constitucional.....	76
2.1. A Relação entre Texto e Realidade Constitucional como Concretização de Normas Constitucionais.....	76
2.2. Concretização Constitucional e Semiótica.....	79
3. Constitucionalização Simbólica em Sentido Negativo: Insuficiente Concretização Normativo-Jurídica Generalizada do Texto Constitucional.....	83
4. Constitucionalização Simbólica em Sentido Positivo: Função Político-Ideológica da Atividade Constituinte e Do Texto Constitucional.....	86
5. Tipos de Constitucionalização Simbólica. Constituição Como Alibi.....	92
6. A Constitucionalização Simbólica e o Modelo Classificador de Lockenstein.....	95
7. Constituição Simbólica <i>versus</i> "Constituição Ritualista".....	99
8. Constitucionalização Simbólica e Normas Constitucionais Programáticas.....	102

9. Constitucionalização-Alibi e Agir Comunicativo.....	104
10. Constitucionalização Simbólica <i>versus</i> Lealdade das Massas e Regras-do-Silêncio.....	107

Capítulo 3

Constitucionalização Simbólica como Alopoiese do Sistema Jurídico.....	113
1. Da Alopoiese à Alopoiese do Direito.....	113
1.1. Da Alopoiese Biológica à Social.....	113
1.2. Direito como Sistema Autopoietico.....	119
1.3. A Alopoiese do Direito.....	124
2. Constitucionalização Simbólica como Sobreposição do Sistema Político ao Direito.....	129
3. Constitucionalização Simbólica <i>versus</i> Auto- Referência Consistente e Hetero-Referência Adequada do Sistema Jurídico.....	133
4. Implicações Semióticas.....	141
5. Constitucionalização Simbólica <i>versus</i> Juridificação. Realidade Constitucional Dejuridificante.....	144
6. Constitucionalização Simbólica como Problema da Modernidade Periférica.....	147
7. Constitucionalização Simbólica na Experiência Brasileira. Uma Referência Exemplificativa.....	153

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se abordar o significado social e político dos textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização jurídico-normativa. O problema não se reduz, portanto, à discussão tradicional sobre ineficácia das normas constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distinção entre texto e norma constitucionais; de outro lado, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nessa perspectiva, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica.

No *primeiro capítulo*, consideramos o debate propulsor sobre legislação simbólica, que vem sendo desenvolvido na teoria do Direito e ciência política alemã mais recente. Em vista da confusão semântica em torno do termo simbólico, propomo-nos inicialmente a determinar o seu sentido dentro da expressão "legislação simbólica". Será relevante aqui a distinção entre o conceito mais recente de legislação simbólica e as noções de política simbólica e Direito como simbolismo, consagradas nos anos 60 e 70. Tratamos, por fim, da conceituação, tipos e efeitos da legislação simbólica.

No *segundo capítulo*, propõe-se a abertura de um debate sobre constitucionalização simbólica. Para isso, é delimitado inicialmente um conceito sistêmico-teorético de Constituição como vínculo estrutural entre os sistemas político e jurídico, mas principalmente enquanto mecanismo de autonomia operacional do Direito na sociedade moderna. Trata-se de uma estratégia: parte-se dessa concepção estrita, para questionar-se a sua adequação empírica em casos de constitucionalização simbólica. Correspondentemente, abordamos o problema da concretização normativa do texto constitucional. Com esses pressupostos teóricos, pretendemos enfrentar diversos aspectos da relação entre ineficácia normativa-jurídica e função político-ideológica da Constituição.

Tendo em vista que o presente trabalho está vinculado a pesquisa anterior sobre positividade do Direito e Constituição, onde abordamos criticamente a concepção luhmanniana da diferenciação e autonomia operacional do sistema jurídico em sociedades complexas (Neves. 1992),

propomos no *terceiro capítulo* uma discussão sobre a constitucionalização simbólica como alopoiese do Direito. Isso implica o questionamento da noção de Direito como sistema autopoietico da sociedade moderna (supercomplexa). Após considerar alguns aspectos específicos com pretensão teórica mais abrangente, a constitucionalização simbólica será caracterizada como problema típico da modernidade periférica; a convivência de supercomplexidade social com falta de autonomia operacional do sistema jurídico, analisada de forma mais genérica na supramencionada investigação, vincularemos agora mais estreitamente à hipertrofia da função político-simbólica do texto constitucional em detrimento de sua eficácia normativo-jurídica. Encerramos a presente contribuição com uma breve referência exemplificativa à constitucionalização simbólica na experiência brasileira.

Do presente livro não resultam conclusões teoricamente fechadas. Ele não deve ser interpretado como resultado final de reflexões teóricas. Objetivamos abrir novos caminhos e horizontes para a Teoria da Constituição. Tanto a dogmática jurídica quanto a sociologia do Direito correntes, orientadas pela experiência constitucional do Estado democrático europeu e norte-americano, partem do seguinte pressuposto: há uma forte contradição entre Direito e realidade constitucionais nos países "subdesenvolvidos". A rigor, assim entendemos, a questão diz respeito à falta de normatividade jurídica do texto constitucional como fórmula democrática: a partir dele não se desenvolve suficientemente um processo concretizador de construção do Direito Constitucional; mas a linguagem constitucional desempenha relevante papel político-simbólico, com implicações na esfera jurídica.

Capítulo 1

DA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA: UM DEBATE PROPULSOR...

1. Ambigüidade de 'Símbolo', 'Simbólico' e 'Simbolismo'

Os termos 'simbólico', 'símbolo', 'simbolismo' etc. são utilizados nas diversas áreas da produção cultural, freqüentemente sem que haja uma pré-definição. A isso está subjacente a suposição de que se trata de expressões de significado evidente, unívoco, partilhado "universalmente" pelos seus utentes¹. quando, em verdade, nem sempre se está usando a mesma categoria². Ao contrário, estamos diante de termos os mais ambíguos da semântica social e cultural³, cuja utilização consistente pressupõe, portanto, uma prévia delimitação do seu significado, principalmente para que não se caia em falácias de ambigüidade⁴. Assim sendo, parece oportuno apontar alguns dos usos mais importantes de "símbolo" e "simbólico" na tradição filosófica e científica ocidental, procurando relevar as convergências e divergências de significados⁵, antes de precisar o sentido de "legislação simbólica" no presente trabalho.

1. Cf Eco, 1984:202 (tr. br., 1991:198).

2. Firth, 1973:54.

3. Eco (1984:199s. — tr. br., 1991:196) refere-se à ocasião em que os redatores do dicionário de Lalande se reuniram para discutir publicamente a respeito da definição de 'símbolo' como "um dos momentos mais patéticos da lexicografia filosófica", observando que o dicionário *"não conclui"* a conclusão indireta a que Lalande convida é que o símbolo são muitas coisas, e nenhuma. Em síntese, não se sabe o que é". Cf. Lalande (org.), 1988: 1079-81.

4. Sobre falácias de ambigüidade, v. Copi. i 978:9 Iss.

5. A respeito da diversidade de definições e usos do termo "símbolo", v. Firth, 1973:54ss.; Eco, 1984:199ss. (tr. br., 1991:195ss.).

/ 1. O Símbolo como Intermediação entre Sujeito e Objeto. O Homem como Animal Simbólico

Num sentido filosófico muito abrangente, o termo "simbólico" é utilizado para indicar todos os mecanismos de *intermediação* entre sujeito e realidade. E nessa perspectiva que Cassirer vai definir o homem como *animal symbolicum*, distinguindo o comportamento e o pensamento simbólicos como diferenças específicas do humano em relação ao gênero animal". O sistema simbólico implicaria uma mediatização da relação "homem/realidade"⁷. Ao contrário das *reações orgânicas* aos estímulos exteriores, diretas e imediatas, as *respostas humanas* seriam diferidas⁸. Daí se distinguem os *sinais* dos *símbolos*: os primeiros estariam relacionados de forma fixa e única com a coisa a que se referem e pertenceriam ao "mundo físico do ser", vinculando-se especialmente aos fenômenos de reflexos condicionados; os símbolos seriam "universais" e "extremamente variáveis", caracterizando-se pela versatilidade". O próprio pensamento relacionai encontrar-se-ia na dependência do pensamento simbólico, na medida em que só através desse seria possível isolar as relações para considerá-las abstratamente⁹. Observa-se aqui a influência da noção kantiana de sujeito transcendental, construtor da realidade cognoscente, sobre a concepção do simbólico de Cassirer. Mas ele aponta para o sistema simbólico como uma *aquisição* que "transforma toda a vida humana", em uma conquista historicamente condicionada, não lhe abribuindo caráter transcendental¹².

1.2. A Estrutura Social como Simbólica

Dessa concepção abrangente do simbólico, de natureza filosófica.

6. Cassirer, 1972:51.

7. Cf. Cassirer, 1972: esp. 50. Especificamente sobre o conceito de formas simbólicas, v. também idem, 1988:esp. Iss.

8. Cassirer, 1972: 49.

9. Cassirer, 1972: 59-61 e 66s.

10. Cassirer, 1972: 69s.

11. Cassirer, 1972: 49.

12. Nesse sentido, Eco, 1984:208 (tr. br., 199E 203) e também Bourdieu, 1974:28. A respeito, cf. sobretudo Cassirer, 1988:9ss.

em que a esfera do simbólico compreende a religião, a arte, a filosofia, a ciência¹³, aproxima-se a antropologia estruturalista de Lévi-Strauss: "Toda cultura pode ser considerada como um conjunto de sistemas simbólicos em cuja linha de frente colocam-se a linguagem, as regras matrimoniais, as relações econômicas, a arte, a ciência, a religião"¹⁴. A estrutura social seria um sistema simbólico, não se confundindo com a própria realidade das relações sociais¹⁵. Entre significante e significado haveria uma descontinuidade, sendo relevada a noção da superabundância dos significantes¹⁶. É essa relativa autonomia do sistema simbólico, como estrutura de significantes¹⁷, em face das relações sociais (objetos simbolizados), que possibilita, segundo o modelo de Lévi-Strauss, a "eficácia simbólica"¹⁸. Mesmo no caso dos "significantes flutuantes" ou "valor simbólico zero", a sua função ou eficácia é "a de opor-se à ausência de significação sem comportar por si mesma qualquer significação particular"¹⁹.

É inegavelmente sob influência da antropologia estruturalista de Lévi-Strauss que Bourdieu e Passeron vão desenvolver a concepção de "violência simbólica"²⁰. Mas aqui o sistema simbólico — também apre-

13. Cassirer, 1972:74.

14. Lévi-Strauss, 1974:9.

15. Cf. Lévi-Strauss, 1958:305s. (tr. br., 1967:315s.).

16. Lévi-Strauss, 1974: 33s.

17. É de observar-se aqui a influência da noção de "solidariedades sintagmáticas" de Saussure (1922: 176s. — tr. br., s.d.: 148s.) sobre a concepção de estrutura de Lévi-Strauss (1958: 306 — tr. br., 1967:316): "Ela consiste em elementos tais que uma modificação qualquer de um deles acarreta uma modificação de todos os outros". Num sentido mais abrangente, pode-se afirmar que o princípio da interdependência dos elementos estruturais (significantes) de Lévi-Strauss é influenciado pelo modelo lingüístico-estrutural das relações sintagmáticas e associativas entre os signos, proposto por Saussure (1922:170-75 — tr. br., s.d.: 142-47; cf. também Barthes, 1964:114-30 — tr. br., s.d.: 63-91 —, empregando os termos "sintagma" e "sistema"; Lyons, 1979: 72-83; Greimas e Courtés, s.d.: 324s. e 428s.).

18. Sobre "a eficácia simbólica", v., p. ex., Lévi-Strauss, 1958:205-26 (tr. br., 1967: 215-36). Referindo-se ao seu significado na obra de Lévi-Strauss, cf. também Bourdieu, 174:32, nota 10.

19. Lévi-Strauss, 1974:35, nota 37.

20. Cf. Bourdieu e Passeron, 1975; Bourdieu, 1974:30ss. e passim No seu estilo eclético, Faria (1988:103-11 e 124-61, esp. 146) adota a noção de violência

sentado como estrutura de significantes em relações de oposição, conforme o modelo da lingüística estrutural de Saussure²¹ — é posto mais estreitamente em conexão com a questão do poder, apresentando-se como veículo ideológico-legitimador do sistema político²². Não haveria, então, uma distinção entre o simbólico e o ideológico. Porém, por outro lado, o sistema simbólico não serviria apenas à manutenção e reprodução da ordem política, advertindo-se que a revolução simbólica, apesar de supor a revolução política, serviria para dar "uma linguagem adequada" a essa, "condição de uma plena realização"²³.

1.3. Simbolismo e Simbólico na Psicanálise

No âmbito da psicanálise a noção de simbólico tomará posição de destaque. Isso não significa, porém, univocidade significativa em torno do simbólico psicanalítico. De Freud, passando por Jung, a Lacan, observa-se uma variação semântica relevante dos termos "simbólico" e "simbolismo"²⁴.

Na teoria freudiana, a relação simbólica pode ser vista, em sentido lato, como uma forma de intermediação entre o pensamento manifesto consciente e o pensamento latente inconsciente, ou seja, o termo "simbolismo" está "relacionado com o emprego de símbolos para representar na mente consciente conteúdos mentais inconscientes"²⁵. Num sentido estrito, o simbolismo consistirá numa relação constante entre o símbolo e o simbolizado inconsciente²⁶. Desenvolvida principalmente nos quadros da interpretação do sonho²⁷, definindo-se esse como "a

simbólica de Bourdieu e Passeron (1975). Cf também Ferraz Jr., 1988:251.

21. Cf. Bourdieu, 1974: esp. 17.

<22) Cf. Bourdieu e Passeron, 1975:19ss.; Bourdieu, 1974:30ss., 46, 52ss., 69ss.

23. Bourdieu, 1974:77.

24. A rigor, não cabe, portanto, atribuir aos conceitos psicanalíticos de "simbolismo inconsciente" e de "pensamento simbólico" um sentido unívoco, como o faz Piaget ao invocá-los com vistas à abordagem do "jogo simbólico" na criança (1975:11).

25. Nagera (org.), s.d.: 102. Cf. Freud, 1969: 159-77 (tr. br., s.d.: 133-51), 1972:345-394.

26. Freud, 1969:160 (tr. br., s.d.: 134). Cf. Laplanche e Pontalis, 1985:626-31.

27. Mas Freud advertia em sua célebre preleção (*loHesung*) sobre o "sim-

realização (disfarçada) de um desejo (reprimido, recalçado)"²⁸, a concepção de simbolismo freudiana refere-se ao sentido indireto e figurado dos signos²⁹, significado em regra de caráter sexual³⁰. Embora consista numa comparação, a relação simbólica não é suscetível de ser descoberta pela associação, constituindo uma comparação desconhecida pelo próprio sonhador, que, embora dela se sirva, não está disposto a reconhecê-la, "quando ela é posta diante de seus olhos"³¹.

Jung vai afastar-se da teoria do simbolismo freudiana, sustentando que são "*sinais* para processos instintivos elementares" aquilo que Freud chamara de símbolo, ou seja, o "simbólico" de Freud será denominado de "semiótico" por Jung³². Enquanto na relação semiótica, o sinal representa algo de conhecido, havendo uma determinação do conteúdo da significação, o símbolo pressuporia que "a expressão escolhida seja a melhor designação ou fórmula possível de um fato relativamente desconhecido, mas cuja existência é conhecida ou postulada"³³. O símbolo

bolismo no sonho" (1969:159-177 — tr. br., s.d.:433-51): "... estas relações simbólicas não pertencem exclusivamente ao sonhador e não caracterizam unicamente o trabalho que se realiza no correr do sonho. Já sabemos que os mitos e os contos, o povo em seus provérbios e canções, a linguagem corrente e a imaginação poética utilizam o mesmo simbolismo. O domínio do simbolismo é extraordinariamente vasto; o simbolismo dos sonhos não é mais que uma pequena província do mesmo" (1969:174 — cit. conforme tr. br., s.d.:148s.).

28. Freud, 1972:175.

29. Nesse sentido, v. Eco, 1984:217-19 (tr. br., 1991:211-13).

30. Freud, 1969:163 (tr. br., s.d.: 137), apontando aqui para a desproporção quantitativa entre símbolos e conteúdos a designar. Em outro trecho, ele diferencia: enquanto "nos sonhos os símbolos servem quase exclusivamente para a expressão de objetos e relações sexuais", em todos os outros domínios o simbolismo não é "necessariamente e unicamente sexual" (Freud, 1969:175 — tr. br., s.d.: 149).

31. Freud, 1969: 162 (tr. br., s.d.: 136).

32. Jung, 1991:73 (nota 38) e 443.

33. Jung, 1991:444. "Uma expressão usada para designar coisa conhecida continua sendo apenas um sinal e nunca será símbolo. E totalmente impossível, pois, criar um símbolo vivo, isto é, cheio de significado, a partir de relações conhecidas" (445). Seria talvez possível traçar um paralelo entre a noção junguiana de símbolo e a concepção freudiana do simbolismo dos sonhos, no sentido de que para a interpretação dos sonhos os símbolos são mortos, tornando-se meros sinais, mas para o sonhador, enquanto desconhece o seu sig-

considera-se vivo na medida em que ele é encarado como a expressão de um conteúdo incompreensível e desconhecido. No momento em que surgem traduções unívocas e conscientes do seu sentido, o símbolo está morto³⁴. O símbolo vivo é apresentado como "a melhor expressão possível e insuperável do que ainda é desconhecido em determinada época"³⁵. E o símbolo ganha a sua significação exatamente do fato de não ter um significado determinado, de ser apenas pressentido, não consciente³⁶. Aqui se pode observar uma aproximação entre a noção de "valor simbólico zero" ou "significante flutuante" de Lévi-Strauss, a que nos referimos acima, com o conceito junguiano de simbólico.

Embora Jung reconheça a existência do símbolo individual ao lado do símbolo social³⁷, sua concepção vai singularizar-se por apontar a relação do símbolo com o inconsciente coletivo, desenvolvendo-se então a teoria dos "arquetipos" como "imagens primordiais" comuns "a todos os povos e tempos"³⁸. Daí porque se trata de posição que pressupõe "uma metafísica do Sagrado, do Divino", implicando "infinitude de interpretação"³⁹.

Na perspectiva lacaniana, o simbólico apresenta-se como uma forma de mediação entre o sujeito e o outro⁴⁰, de tal maneira que "a or-

nificado latente, apresentam-se como símbolos vivos (cf. Freud, 1969:161 s. — tr. br., s.d.: 135s.; Jung, 1991:444, referindo-se à interpretação esotérica).

34. Jung, 1991:444 - 46. Cf. a respeito Eco, 1984:225ss. (tr. br., 1991: 219ss.).

35. Jung, 1991:446.

36. "Um símbolo é vivo só quando é para o observador a expressão melhor e mais plena possível do pressentido e ainda não consciente. Nestas condições operacionaliza a participação do inconsciente. Tem efeito gerador e promotor de vida" (Jung, 1991:446).

37. Cf. Jung, 1991:446s.

38. Jung, 1991:419.

39. Eco, 1991:220. Embora Freud (cf. 1972:345-94, 1969:162ss. — tr. br., s.d.:136ss.) preocupe-se "em efetuar a construção de um código do simbolismo onírico", aproximando-se da "hipótese de um inconsciente coletivo", não se trata de um código "universal e coletivo", mas sim "histórico, semiótico" e que "depende da enciclopédia da pessoa que sonha" (Eco, 1984:218 — tr. br., 1991:212s.). Laplanche e Pontalis (1985:630) apontam, por sua vez, para "a hipótese de uma herança filogenética" do símbolo em Freud.

40. Para Lacan, "a ordem simbólica, de maneira geral, instaura relações mediadas entre os seres, isto é. a relação do homem ao homem, do si ao outro, é me-

dem humana se caracteriza pelo seguinte — a função simbólica inter-vém em todos os momentos e em todos os níveis de sua existência"⁴¹. Enquanto um dos registros psicanalíticos (os outros seriam o imaginário e o real)⁴², o simbólico é condição de singularidade, possibilitando a construção da subjetividade⁴³, mas ao mesmo tempo distancia o sujeito do real vivido⁴⁴, subordinando a sua "identidade" às estruturas dos significantes⁴⁵, os quais, quanto mais nada significam, mais indestrutíveis são⁴⁶. Influenciado lingüisticamente pelo modelo estruturalista de Saussure⁴⁷, Lacan, na mesma linha de Lévi-Strauss, apontará para a "discordância entre o significado e o significante"⁴⁸, o caráter fechado da ordem/cadeia significante e sua autonomia em relação ao significado⁴⁹, retirando daí a relevância dos símbolos lingüísticos e sócio-culturais para a determinação (conflituosa) da "identidade" do sujeito⁵⁰. Através da entrada na ordem simbólica, o sujeito perde algo essencial de si mes-

diatizada por um símbolo" (Lemaire, 1989:46).

41. Lacan, 1978:41 (tr. br., 1985:44) "A ação humana está fundada originalmente na existência do mundo do símbolo, a saber, nas leis e nos contratos" (Lacan, 1979:262).

42. Cf. Laplanche e Pontalis, 1985:304s. e 645s. Mas o simbólico tem prevalência sobre o imaginário e o real na teoria lacaniana; cf., p. ex., Lacan, 1966:11s., 50ss., 276.

43. "... é a ordem simbólica que é, para o sujeito, constituinte" (Lacan, 1966:12). "O homem fala, pois, mas é porque o símbolo o faz homem" (Lacan, 1966:276).

44. Lemaire, 1989:45ss., 103 e 111 ss.

45. Cf. Ladeur, 1984:145. Afirma-se, então, "uma dominância [...] do significante sobre o sujeito" (Lacan, 1966:61).

46. Lacan, 1988:212.

47. A respeito, v. Lemaire, 1989:49ss.

48. Lacan, 1966:372.

49. Lacan, 1966:501 s.; Lemaire, 1989:87.

50. Nesse sentido, escreve Lacan: "O homem é efetivamente possuído pelo discurso da lei, e é com esse discurso que ele se castiga, em nome dessa dívida simbólica que ele não cessa de pagar sempre mais em sua neurose. [...] A psicanálise devia ser a ciência da linguagem habitada pelo sujeito. Na perspectiva freudiana, o homem é o sujeito preso e torturado pela linguagem" (1988: 276). Lemaire (1989:100s.) adverte, porém, que "o simbolismo social é inseparável do discurso", ou seja, ela aponta para a conexão de linguagem e simbolismo social na concepção lacaniana de ordem simbólica.

mo. podendo ser apenas medializado, traduzido através dos significantes (*Spaltung* — divisão do sujeito)⁵¹. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que "é aquele a quem chamamos de são de espírito que se aliena, pois consente em existir num mundo definido somente pela relação entre um e o outro"⁵². De outro lado, porém, a cura importaria a passagem do imaginário não simbolizado, "alienante", conforme uma relação imediata e dual com o "semelhante". para o imaginário simbolizado⁵³, implicando a análise da rede de significantes como estrutura de mediação entre consciente e inconsciente"⁵⁴.

1.4. Instituição como Rede Simbólica

Na filosofia social, é, parece-nos, sob a influência lacaniana que Castoriadis vai distinguir o simbólico do funcional e do imaginário⁵⁵. O simbólico é encontrado aqui, como também em Lacan, tanto na linguagem quanto nas instituições⁵⁶. Embora as instituições não se reduzam ao simbólico, elas são inconcebíveis sem o simbólico⁵⁷; Castoriadis critica a visão funcionalista, na medida em que essa explica a instituição pela *função* que ela desempenha na sociedade e reduz, portanto, o simbólico ao funcional⁵⁸. Se bem que a alienação possa ser concebida "como *autonomização* das instituições com relação à sociedade"⁵⁹, adverte-se que os símbolos como significantes "não são totalmente subjugados pelo 'conteúdo' que supostamente têm que veicular", seja quando se trata da linguagem ou, "infinidamente mais ainda", das institui-

ções⁶⁰. Essa relativa autonomia da esfera do simbólico, cujas fronteiras "nada permite determinar"⁶¹, não significa, porém, que a autonomização do simbolismo seja um fato último, muito menos que o simbolismo institucional determine a vida social⁶². "Nada do que pertence propriamente ao simbólico" — enfatiza Castoriadis — "impõe fatalmente o domínio de um simbolismo autonomizado das instituições sobre a vida social: nada, no próprio simbolismo institucional, exclui seu uso lúcido pela sociedade"⁶³.

O problema da utilização do simbólico pelo sujeito leva à questão da relação do simbólico com o imaginário⁶⁴. Concebido o imaginário como algo "inventado", sustenta-se, então, que ele deve utilizar o simbólico para "existir"⁶⁵. O imaginário social "deve-se entrecruzar com o simbólico, do contrário a sociedade não teria podido 'reunir-se', e com o econômico-funcional, do contrário ela não teria podido sobreviver"⁶⁶. Embora a alienação seja definida como "dominância do momento imaginário na instituição", propiciadora da autonomização da instituição (rede simbólica) relativamente à sociedade⁶⁷, só através do imaginário há produção de novos simbolismos, ou seja, criação de novas significações⁶⁸.

7.5. O Símbolo na Semiótica

Na semiótica, a teoria dos signos, em geral⁶⁹, acentua-se ainda mais o problema da falta de univocidade do termo 'símbolo'. Dentro da categoria genérica dos signos, Peirce irá distinguir, conforme a relação com o referente, os ícones, índices e símbolos⁷⁰. Os ícones caracterizar-se-

51. O que implica a seguinte definição de significante: "um significante é o que representa o sujeito para um outro significante" (Lacan, 1966:819). Cf. Lemaire, 1989:112.

52. Lévi-Strauss, 1974:10, em referência a Lacan.

53. Lemaire, 1989:119.

54. Cf. Lemaire, 1989:45. Especificamente com relação a caso de psicose, Lacan (1988:20) enfatiza que "só pela porta de entrada do simbólico é que se consegue penetrá-lo" analiticamente.

55. Cf. Castoriadis, 1991:139ss

56. Cf. Castoriadis, 1991:142ss

57. Castoriadis, 1991:142.

58. Castoriadis, 1991:140.

59. Castoriadis, 1991:139s.

60. Castoriadis, 1991:148.

61. Castoriadis, 1991:150.

62. Castoriadis, 1991:152.

63. Castoriadis, 1991:153.

64. Cf. Castoriadis, 1991:154ss.

65. Castoriadis, 1991:154.

66. Castoriadis, 1991:159.

67. Castoriadis, 1991:159.

68. Cf. Castoriadis, 1991:161s

69. Ou, na formulação de Caniup, "a teoria geral dos signos e linguagens" (1948:8). Cf. Neves, 1988:127s., nota 1.

70. Cf. Peirce, 1955:102ss., ou 1977:52s. e 63-76. Crítico com relação à "pre-

iam por sua similaridade com o objeto a que se referem⁷¹, Um índice, por sua vez, será apresentado como "um signo que se refere ao Objeto que denota em virtude de ser realmente afetado por esse Objeto"⁷². O símbolo é um signo que se refere ao objeto que denota em face de uma regra ("lei") geral que "opera no sentido de fazer com que o Símbolo seja interpretado como se referindo àquele Objeto"⁷³. Ou seja, no mesmo sentido da tradição aristotélico-tomista⁷⁴, Peirce vai definir o símbolo como um signo *convencional e arbitrário*⁷⁵.

Em Morris, assim como em Peirce, 'signo' será utilizado como termo genérico, distinguindo-se, porém, dicotomicamente, os símbolos e os sinais. Os sinais são apresentados como signos que criam a expectativa ou a exigência de determinada ação. O símbolo seria produzido pelo próprio intérprete, atuando como substituto para alguns outros signos, em relação aos quais funcionaria como sinônimo⁷⁶.

Na sua abordagem antropológica do sentido do termo símbolo, Firth vai recorrer à posição semiótica de Peirce e Morris⁷⁷. Dentro desta orientação, distinguir-se-ão, na categoria geral do 'signo', o 'índice', o 'sinal', o 'ícone' e o 'símbolo'. Encontra-se um índice "onde uma relação seqüencial é inferida, como da parte ao todo, do precedente ao antecedente, ou do particular ao geral"⁷⁸. O sinal implica uma ação conseqüente, é um signo que atua como estímulo para respostas as mais complexas⁷⁹. O ícone importa uma relação sensorial de semelhança⁸⁰. Por fim, o símbolo caracterizar-se-á por envolver "uma série complexa de associações", podendo ser descrito apenas em termos de representação parcial; além do mais, o sentido de um símbolo resulta da "construção pessoal e social", de tal maneira que a relação entre o signo e o

sença do referente como parâmetro discriminante", cf. Eco, 1991:239s. (tr. br., 1980:157s.).

71. Peirce, 1955:102 e 104, ou 1977:52 e 64.

72. Peirce, 1955:102 ou 1977:52 .

73. Peirce, 1955:102 ou 1977:52 .

74. Cf. Eco, 1984:esp. 24 (tr. br., 1991: 34).

75. Cf. Peirce, 1955:112ss., ou 1977:71ss.; Eco, 1984:210s. (tr. br., 1991: 205s.).

76. Cf. Firth, 1973:65s., interpretando Morris, 1938.

77. Firth, 1973:60ss. e 65ss.

78. Firth, 1973:74.

79. Firth, 1973:75.

80. Firth, 1973:75.

objeto denotado apresenta-se ao observador como arbitrariamente imputada⁸¹.

Interpretando Peirce e Morris, Firth enfatizará que na determinação do sentido dos sinais o produtor e o intérprete usam o mesmo código, enquanto na consideração do sentido dos símbolos o intérprete toma uma posição de destaque, dispondo de um espaço bem mais amplo "para exercitar o seu próprio juízo"⁸². Em virtude desse traço pragmático diferenciador, os símbolos distinguem-se pela imprecisão, a variabilidade de interpretação, a aparente inexauribilidade do seu sentido, "sua característica mais essencial"⁸³. E é nessa concepção pragmática que o símbolo vai ser abordado por Firth como instrumento de expressão, comunicação, conhecimento e controle⁸⁴.

Em posição totalmente contrária à de Peirce e também à de Morris, Saussure distinguirá 'signo' e 'símbolo'. O signo vai ser caracterizado pelo "princípio da arbitrariedade"⁸⁵, enquanto que "o símbolo tem como característica não ser jamais completamente arbitrário; ele não está vazio, existe um rudimento de vínculo natural entre o significante e o significado"⁸⁶. Assim sendo, pode-se afirmar que o conceito de símbolo em Saussure corresponde à noção de ícone em Peirce, implicando uma semelhança do significante com o objeto por ele denotado⁸⁷.

Também nos quadros da discussão semiológica, Eco, após considerar criticamente diversos sentidos discrepantes de 'símbolo', define o modo simbólico como "uma modalidade de produção ou interpretação textual", na qual um elemento é visto como a projeção "de uma porção suficientemente imprecisa de conteúdo"⁸⁸. A "nebulosa de conteúdo", a

81. Firth, 1973:75.

82. Firth, 1973:66s.

83. Firth, 1973:66 e 72s.

84. Firth, 1973:76ss.

85. Saussure, 1922:100-102 (tr. br., s.d.: 81-84). Como variante cf. Barthes, 1964: HOs. (tr. br., s.d.: 52-54). Em postura crítica com relação à tese saussuriana da arbitrariedade do signo, v. Derrida, 1967:65ss., partindo do argumento de que a idéia da instituição arbitrária do signo "é impensável antes da possibilidade da escrita"(65).

86. Saussure, 1922:101 (tr. br., s.d.: 82).

87. Nesse sentido, cf. Eco, 1984:211 (tr. br., 1991:206); Derrida. 1967:66, recusando então, "em nome do arbitrário do signo, a definição saussuriana da escrita como 'imagem' — portanto, como símbolo natural — da língua".

88. Eco, 1984:252 (tr. br., 1991:245).

incerteza e a intraduzibilidade dos símbolos aproximam a concepção de Eco do modelo junguiano. como também colocam-na em direta relação com o "modo simbólico teológico"⁸⁹. Mas Eco aponta basicamente para o modo simbólico como estratégia poética⁹⁰, fazendo abstração de toda metafísica ou teologia subjacente, que confere uma verdade particular aos símbolos⁹¹. O modo simbólico é apresentado como um procedimento de "uso de texto", que pode ser aplicado a qualquer tipo de signo, •"mediante uma decisão pragmática" que produzirá ao nível semântico a associação de "novas porções de conteúdo" ao signo, "o mais possível indeterminadas e decididas pelo destinatário"⁹². Dessa maneira, o modo simbólico, além de implicar a "nebulosa de conteúdo" ao nível semântico, dependerá de uma postura pragmática determinada do utente do texto, sendo assim radicalmente contextualizado.

1.6. O Simbólico na Lógica

Na perspectiva da lógica simbólica, o conceito de símbolo está vinculado basicamente à distinção entre linguagem artificial e linguagem ordinária, tomando um sentido bem diferente daquele que é veiculado na discussão antropológica, filosófica, psicanalítica e semiológica.

A linguagem simbólica é construída e empregada com o fim de evitar a imprecisão e a flexibilidade da linguagem ordinária, bloqueadoras do raciocínio lógico, matemático e científico⁹³. Segundo Carnap, a linguagem simbólica possibilita a "pureza de uma dedução", na medida em que só os elementos relevantes para a respectiva inferência são empregados; a linguagem ordinária, ao contrário, permite a introdução despercebida de elementos estranhos à operação lógica, desvirtuando os seus resultados⁹⁴. Além do mais, acentua-se que a brevidade e a clareza

da linguagem simbólica, nunca presentes na linguagem natural, facilitam "extraordinariamente" as operações, comparações e inferências⁹⁵. Carnap também refere-se à importância da lógica simbólica para a solução de certas contradições não eliminadas pela lógica clássica⁹⁶, como também à possibilidade de traduzir proposições teóricas sobre qualquer que seja o objeto na linguagem lógico-simbólica, que se apresenta, portanto, como o sistema de signos mais formalizado ("esqueleto de uma linguagem")⁹⁷.

1.7. O Simbólico na Sociologia. Um Exemplo da Teoria dos Sistemas

Na sociologia, a conceituação de "simbólico" variará de autor para autor, não se excluindo a variação de sentido na obra de um mesmo autor. Faremos apenas referência exemplificativa ao modelo da teoria dos sistemas.

Em Luhmann, verdade, amor, propriedade/dinheiro, poder/Direito, arte, crença religiosa e "valores fundamentais" constituem exemplos de "meios de comunicação simbolicamente generalizados"⁹⁸. "O conceito de símbolo/simbólico deve nesse caso designar o meio da formação de unidade"⁹⁹. Assim sendo, dentro de situações sociais altamente complexas e contingentes, os meios simbolicamente generalizados de comunicação possibilitariam a continuidade da comunicação, servindo ao prosseguimento da conexão entre seletividade e motivação¹⁰⁰. Na medida em que os meios simbolicamente generalizados de comunicação são diferenciados conforme códigos de preferência dicotômicos entre um "valor" e um "desvalor", entre um "sim" e um "não", que só têm relevância com relação a um dos meios de comunicação, eles vão distinguir-se da linguagem natural não especializada, surgindo então a linguagem especializada da ciência, do Direito, da economia, da arte etc¹⁰¹.

Entretanto, na obra de Luhmann vamos encontrar também o con-

89. Cf. Eco, 1984:225ss. e 234ss. (tr. br., 1991:219ss. e 228ss).

90. Eco, 1984:242 (tr. br., 1991:235).

91. Eco, 1984:252 (tr. br., 1991:245).

92. Eco, 1984:253s. (tr. br., 1991:246).

93. Carnap, 1954: 1s. Cf. Wittgenstein, 1963:30s. (§ 3.344) e 32 ((§ 4.002): Firth, 1973:55.

94. Carnap, 1954:2. Nesse sentido, enfatizava Wittgenstein que "é humanamente impossível retirar imediatamente dela [da linguagem corrente] a lógica da linguagem" (1963:32 — § 4.002).

95. Carnap. 1954:2

96. Carnap. 1954:3

97. Carnap. 1954:1.

98. Cf. Luhmann, 1975a. 1987a:135ss. e 222ss

99. Luhmann. 1987a: 135.

100. Luhmann. 1975a: 174. 1987a:222.

101. Cf. Luhmann, 1974:62. 1975a:175s Sobre códigos binários em geral, v. Luhmann, 1986a: 75ss.

ceito de agir simbólico-expressivo em contraposição à noção de agir instrumental¹⁰². Este último implica uma relação de meio-fim, de tal maneira que as necessidades nele envolvidas extraem seu sentido da realização dos fins num momento posterior, sendo, em face disso, variáveis; o agir simbólico-expressivo satisfaz imediatamente as necessidades a que se dirige, "de tal forma que uma alteração do agir pressupõe uma alteração da necessidade"¹⁰³. Luhmann enfatiza que o modelo instrumental, ou seja, o agir orientado pela relação meio-fim, é apenas um dos aspectos da funcionalidade dos sistemas sociais, que, portanto, para reduzir a complexidade do seu meio ambiente, precisam articular variáveis simbólico-expressivas. No processo de redução da complexidade, os modelos finalístico-instrumentais somente "são empregados quando os problemas já ganharam estruturas mais específicas, quando, pois, a complexidade já está amplamente absorvida"¹⁰⁴. A própria legitimação não é alcançada com base na escolha de meios adequados para a realização de um fim no futuro, mas sim através do agir simbólico-expressivo, mediante o qual o procedimento ganha sentido para participantes e não-participantes, motivando-os *no presente* a se integrarem no processo de redução da complexidade¹⁰⁵. Mas, inegavelmente, não poderá haver legitimação, caso as variáveis instrumentais percam em sentido, sendo a relação meio-fim constantemente bloqueada e hipertrofiando-se as variáveis simbólico-expressivas. Esse é um dos aspectos que vai possibilitar o uso de simbólico de maneira distinta do uso de Luhmann. Além disso, há na concepção luhmanniana uma confusão entre o expressivo e o simbólico, aspectos da ação que devem ser analiticamente diferenciados.

2. Delimitação Semântica

O panorama acima apresentado sobre a ambigüidade de 'símbolo',

102. Cf. Luhmann, 1983a:223-32, 1987b:315ss.

103. Luhmann, 1983a:224s.

104. Luhmann, 1973a:156; cf. também idem, 1983a:223, 1971:294. Portanto, não nos parece fundamentada a interpretação crítica da teoria luhmanniana por Habermas (1982a: 261), no sentido de que "a racionalidade sistêmica é a racionalidade-com-respeito-a-fins transportada para sistemas auto-regulados".

105. Luhmann, 1983a:224.

'simbólico' e 'simbolismo' exige que, no uso da expressão 'legislação simbólica', determine-se precisamente em que sentido se está empregando o termo adjetivador.

Em primeiro lugar, deve-se observar que a confusão do simbólico com o semiótico, que encontramos nas concepções de Cassirer, Lévi-Strauss e Lacan¹⁰⁶, é incompatível com o uso da expressão 'legislação simbólica', na medida em que toda produção humana de sentido — portanto, também a legislação — seria simbólica. Estaríamos, então, no caso de uma tautologia.

Também não nos parece que se possa vincular o sentido de simbólico em Jung, expressão de significado desconhecido e incompreensível, com o problema da legislação simbólica. Talvez se possa vislumbrar uma analogia com a concepção de simbolismo freudiana, na medida em que nela se distingue entre significado latente e significado manifesto. Poder-se-ia, então, afirmar que na legislação simbólica o significado latente prevalece sobre o seu significado manifesto¹⁰⁷.

Entretanto, como já adiantamos acima, a questão da legislação simbólica está usualmente relacionada com a distinção entre variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas. As funções instrumentais implicariam uma relação de meio-fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação. Na atitude expressiva, há uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade. Enquanto a ação instrumental constitui-se em "veículo de conflito", o agir expressivo é "veículo de catarse"¹⁰⁸. Afastando-se de outros autores que abordaram o problema da política simbólica, Gusfield distinguiu o simbólico não apenas do instrumental, mas também do expressivo¹⁰⁹. Em contraposição à atitude expressiva e semelhantemente à ação instrumental, a postura simbólica não é caracterizada pela imediatidade da satisfação das respectivas necessidades e se relaciona com o problema da solução de conflito de interesses¹¹⁰. Contudo, diferentemente das variáveis ins-

106. Cf. Eco, 1984:206-10 (tr. br., 1991:201-5) Essa confusão também se manifesta na abordagem de Castoriadis ("instituição como rede simbólica") e no emprego da expressão "função simbólica da língua" por Ferraz Jr. (1988:233-36)

107. Retornaremos a esse ponto quando tratarmos dos efeitos da legislação simbólica (item 8 deste Cap.)

108. Gusfield, 1986:179.

109. Gusfield, 1986:77ss.

110. Cf. Gusfield, 1986:183.

trumeniais. a alilude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio-fim e, por outro lado, não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente¹¹¹. Como bem observou Gusfield, "a distinção entre ação instrumental e simbólica é, em muitos aspectos, similar à diferença entre discurso denotativo e conotativo"¹¹². Na denotação há uma conexão relativamente clara entre expressão e conteúdo: na ação instrumental, similarmente, um direcionamento da conduta para fins fixos. Na conotação a linguagem é mais ambígua: o agir simbólico e conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto¹¹³, e prevalece em relação ao mesmo.

Evidentemente, a distinção entre função instrumental, expressiva e simbólica só é possível analiticamente: na prática dos sistemas sociais estão sempre presentes essas três variáveis. Porém, quando se afirma que um plexo de ação tem função simbólica, instrumental ou expressiva, quer-se referir à predominância de uma dessas variáveis, nunca de sua exclusividade. Assim é que legislação simbólica aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legislativa e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.

3. Política Simbólica *versus* Legislação Simbólica

Dentro desta perspectiva, a noção de legislação simbólica deve ser diferenciada preliminarmente do conceito mais abrangente e também mais impreciso de política simbólica. Edelman distinguiu política instrumental e simbólica ("expressiva") com base na diferença entre sím-

bolos referenciais e símbolos-condensação: os primeiros seriam interpretados da "mesma maneira por diferentes pessoas", ajudando "no pensamento lógico sobre a situação e na manipulação dela": os símbolos-condensação evocariam "as emoções associadas com a situação"¹¹⁴. A política instrumental, orientada por símbolos referenciais, seria privilégio de grupos minoritários organizados para obtenção de benefícios concretos e satisfação de interesses específicos. A política simbólica, orientada por símbolos-condensação, seria um cenário, "uma série de quadros" apresentados abstratamente à maioria dos homens, os espectadores; consistiria numa "parada de símbolos abstratos"¹¹⁵. Assim sendo, para a massa da população a política constituiria antes de tudo uma esfera de ações e vivências simbólicas.

Conforme Edelman, os atos políticos simbolizam para a massa dos espectadores tanto tranquilização quanto ameaça¹¹⁶, mas a política simbólica sene antes à harmonia social¹¹⁷, reduzindo as tensões¹¹⁸ e, portanto, desempenhando primariamente uma função de tranquilização (-> quietude) do público¹¹⁹.

Desde que, seguindo Edelman, toda atividade política é predominantemente simbólica, não tem sentido, nessa perspectiva, falar-se de legislação simbólica como um problema específico da relação entre sistemas político e jurídico: toda legislação já seria simbólica. É por isso que não cabe uma vinculação estreita da abordagem abrangente de Edelman ao debate específico sobre legislação simbólica¹²⁰, embora, como veremos, algumas de suas posições sejam aplicáveis a essa discussão. Além do mais, a posição de Edelman é passível de crítica no que se refere à separação dualista entre *agentes* (da ação instrumental) como minoria e *espectadores* (do agir simbólico) como maioria, eis que a política instrumental pode trazer benefícios para amplos setores da população mobilizados em torno dela, como também a política simbólica pode levar a uma mobilização (ativa) do público. Por último deve-se observar que a política simbólica não conduz apenas à "tranquilização

111. (Gusfield, 1967:176s.

112. Gusfield, 1966:170. Os termos 'conotativo' e 'denotativo' são empregados aqui em sentido lingüístico ou semiológico. Nessa acepção cf. Barthes, 1964:130-32 (tr. br., s.d.:95-99); Eco, 1980:45-18; (Ireimas e Landovski, 1981: 75; Oreimas e Courtés, s.d.:77s. e i)6s. Já no sentido lógico, a conotação corresponde à dimensão semântica de *sentido* (significado), a denotação concerne à dimensão semântica de *referência* (cf. von Wright, 1970:109; Copi, 1978:119-23). Sobre essa variação de sentidos, cf. Neves, 1988:21 (nota 19) e 132s. (nota 17).

113. Gusfield, 1986:170. Cf. também idem, 1967:177.

114. Edelman, 1967:6.

115. Edelman, 1967:5.

116. Cf. Edelman, 1967:7, 13s. e 188.

117. Edelman, 1967:8.

118. Edelman, 1967:38.

119. Cf. Edelman, 1967:22-43, 163-65, 170(s., 188-M e passim. idem, 1977 141-55.

120. Nesse sentido, Kindermaun, 1988:229.

psicológica" dos grupos a que se dirige, mas põe igualmente certos interesses em perigo¹²¹.

4. Direito Simbólico *versus* Legislação Simbólica

No âmbito da noção abrangente de política simbólica, desenvolveu-se especificamente a concepção de "direito como simbolismo". Arnold foi inegavelmente o pioneiro no enfrentamento dessa questão, tendo atribuído a todo o Direito uma função primariamente simbólica¹²². O "direito" vai ser concebido como uma maneira de referir-se às instituições governamentais "em termos ideais", em vez de concebê-las realístico-objetivamente¹²³. Nesse sentido, ressalta-se que "é parte da função do 'direito' reconhecer ideais que representam o oposto exato da conduta esbabelecida", desenvolvendo-se, assim, um complicado "mundo onírico"¹²⁴. Essa função simbólica do direito seria predominante, sobrepondo-se à sua função instrumental: "o observador deve sempre ter presente que a função do direito não reside tanto em guiar a sociedade como em confortá-la"¹²⁵. Embora possa levar tanto à obediência quanto à revolta ou à revolução, a crença no "reino do direito" teria comumente a função de "produzir a aceitação do *status quo*". Inclusive a ciência do direito estaria incluída nesse mundo onírico, servindo para encobrir-lhe as contradições e a irracionalidade, apresentando-lhe retoricamente como um mundo governado pela razão, sem contradições¹²⁷.

Inegavelmente, a contribuição de Arnold é relevante e, em parte, ainda insuperável para uma crítica da ideologia jurídica¹²⁸. Entretanto, da mesma maneira que nos referimos à concepção abrangente de política simbólica, a noção de direito como simbolismo é incompatível com o conceito de legislação simbólica: partindo-se de que toda atividade jurídica, tanto prática quanto teórica, seja primariamente simbólica, perde

sentido o tratamento da legislação simbólica como um problema específico do sistema jurídico. Estaríamos diante de uma tautologia. Mas, como veremos, nem sempre o direito e a legislação exercem hipertroficadamente uma função simbólica, sobressaindo-se em muitos casos a sua dimensão instrumental. Assim como superestimar a função instrumental do direito é fator e produto de uma ilusão sobre a capacidade de dirigir-se normativo-juridicamente os comportamentos¹²⁹, a supervalorização do caráter simbólico do direito é simplicadora, impossibilitando que se façam distinções ou análises diferenciadas em relação ao material jurídico.¹³⁰

5. Legislação Simbólica *versus* Rituais e Mitos Políticos

Na concepção abrangente de política e direito simbólicos, há não apenas uma confusão entre simbólico e expressivo¹³¹, já criticada acima com apoio em Gusfield, mas também uma tendência à confusão entre variáveis simbólicas e elementos ritualísticos e míticos das atividades políticas e jurídicas.

Para Edelman rituais e mitos são formas simbólicas que permeiam as instituições políticas¹³². Haveria, assim, uma relação de gênero e espécies. O ritual é concebido como "atividade motora que envolve seus participantes simbolicamente numa empresa comum", sugerindo-lhes que se encontram vinculados por interesses comuns¹³³. Define-se, portanto, como uma atividade coletiva que tranquiliza os seus participantes da inexistência de dissenso entre eles¹³⁴. Os mitos podem ser concebidos

121. Gusfield, 1986:182, em crítica a Edelman.

122. Arnold, 1935:esp. 33ss. ou 1971.

123. Arnold, 1935:33 ou 1971:47.

124. Arnold, 1935:34 ou 1971:48.

125. Arnold, 1935:34 ou 1971:48.

126. Arnold, 1935:34s. ou 1971:48.

127. Arnold, 1935:56ss. ou 1971:51s.

128. Lenk, 1976:143 (nota 12).

129. Cf. Lenk, 1976:147.

130. Nesse sentido, v. a crítica de Dworkin (1991:15s.) ao que ele denomina juristas "nominalistas".

131. Cf., p. ex., Luhmann, 1983a:224ss.; Edelman, 1967:19ss.

132. Edelman, 1967:16.

133. Edelman, 1967:16. Na perspectiva da teoria do agir comunicativo, sustenta Habermas (1982b 11:88): "...as ações rituais perderam suas funções adaptativas; elas servem à produção e manutenção de uma identidade coletiva, devido à qual a condução da interação por um programa genético, ancorado no organismo individual, pode ser ajustada a um programa cultural intersubjetivamente compartilhado".

134. Edelman, 1967:17.

como crenças "socialmente comunicadas" e "inquestionadas"¹³⁵. Rituais como atividades motoras e mitos como crenças inquestionáveis reforçam-se reciprocamente, tendo significados latentes, níveis de conotação, que não se apresentam aos agentes e crentes, "presos" a seus significados manifestos, a suas referências denotativas. Porém, a esfera do simbólico não se reduziria aos rituais e mitos, sendo bem mais abrangente.

Mais recentemente Voigt, ao abordar o problema da política simbólica, distinguiu mitos, rituais e símbolos, advertindo, porém, que eles frequentemente se encontram simultaneamente¹³⁶. "Mitos determinam nossa compreensão do mundo, frequentemente sem que nós tenhamos a consciência disso"¹³⁷. Eles impregnam o pensamento de tal maneira, que um comportamento desviante se apresenta como praticamente impossível. Por isso, dos rituais, a vinculação mítica ao passado "é corroborada através de contínua e invariável repetição"¹³⁸. O principal resultado seria, então, "a abolição do tempo" através dos rituais o passado seria revivificado¹³⁹. Por último, Voigt define os símbolos como "sinais codificados cujo sentido é entendido apenas por quem pode decifrar o código"¹⁴⁰. Os símbolos contidos nos rituais serviriam à adaptação dos novos dados reais aos modelos de interpretação de sentido existentes¹⁴¹. Os símbolos podem ser interpretados, nessa perspectiva, como instrumentos eventuais das atividades ritualísticas e das crenças míticas.

A distinção entre mitos, rituais e formas simbólicas interessa-nos especificamente para caracterizar diferenciadamente a legislação simbólica. Parece-nos que, quando se fala da função hipertroficamente simbólica de atividades legiferantes, de leis e de discursos em torno delas, ou seja, quando se trata de "legislação simbólica", não se está, em princípio, referindo a formas ritualísticas e míticas. Só eventualmente crenças inquestionáveis (mitos) e atividades motoras contínua e invariavelmente repetidas (rituais) estão relacionadas com a legislação simbólica. Entretanto, também a legislação instrumental (a força normati-

va das leis) está muito frequentemente fundamentada em rituais (que são primariamente ações expressivas) e mitos. Portanto, o que vai distinguir a legislação simbólica não é o ritualístico ou o mítico, mas sim a prevalência do seu significado político-ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo aparente.

6. Por uma Conceituação

A concepção instrumental do Direito Positivo, no sentido de que as leis constituem *meios* insuperáveis para se alcançar determinados *fins* "desejados" pelo legislador, especialmente a mudança social, implica um modelo funcional simplista e ilusório, como têm demonstrado os seus críticos. Em primeiro lugar, observa-se que há um grande número de leis que servem apenas para codificar juridicamente "normas sociais" reconhecidas¹⁴². Por outro lado, a complexidade do meio ambiente social dos sistemas jurídico e político é muito acentuada, para que a atuação do Estado através de legislação possa ser apresentada como instrumento seguro de controle social¹⁴³. Já se tem apontado mais recentemente para a situação paradoxal do aumento dos encargos do Estado em conexão com a redução da capacidade do Direito de dirigir a conduta social¹⁴⁴.

Mas a questão dos limites de uma concepção instrumental da legislação interessa-nos, aqui, em outra perspectiva: o fracasso da função instrumental da lei é apenas um problema de ineficácia das normas jurídicas? A resposta negativa a essa questão põe-nos diante do debate em torno da função simbólica de determinadas leis. Como bem formulou sinteticamente Gusfield, "many laws are honored as much in the breach as in performance"¹⁴⁵. Em sentido mais abrangente, pode-se dizer que quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em

135. Edelman, 1967:18.

136. Voigt, 1989:9.

137. Voigt, 1989:10.

138. Voigt, 1989:10.

139. Voigt, 1989:12.

140. Voigt, 1989:12.

141. Voigt, 1989:14.

142. Voigt, 1989:14.

143. Lenk, 1976:146.

144. Nesse sentido, enfatiza Luhmann "A sociedade mesma não pode ser conceituada tão-só a partir de sua constituição jurídica". O Direito — assim como a política — "é apenas um momento estrutural entre outros" (1987b:299). Cf. também Teubner, 1982, 1989:8 Iss.; idem e Willke, 1984; Ladeur, 1983: 466ss., 1984:17(ss., 1990.

145. Grimm (org.), 1990.

146. Gusfield, 1967:177. Isto é, muitas leis, pelo seu conteúdo, são dignificadas tanto em caso de violação generalizada quanto na hipótese de cumprimento sistemático.

contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto. Não se trata, portanto, de uma simples negação da legislação instrumental. Nesse sentido, observa Kindermann que a "legislação simbólica não pode ser vista meramente como contraponto para a legislação instrumental de proveniência contemporânea, mas sim deve ser conceituada como alternativa para a direção normativo-geral da conduta"¹⁴⁷. Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como 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.

Não me parece que tenha sentido sustentar que simbólicos são os atos legiferantes, não as leis¹⁴⁸. É verdade que de determinada atividade legislativa com função primariamente simbólica pode resultar lei que, posteriormente, venha a ter uma intensa "força normativa"; como também, ao contrário, leis resultantes de atos de legislação instrumental podem com o passar do tempo adquirir caráter predominantemente simbólico¹⁴⁹. Porém, o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deontico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica.

Embora retornemos a esse problema mais à frente, cabe adiantar que não concebemos a legislação simbólica em termos do modelo simplificador que a explica ou a define a partir das intenções do legislador¹⁵⁰. É evidente que, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar qualquer providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica¹⁵¹. Porém, o

147. Kindermann, 1989:258.

148. Em sentido contrário, cf. Noll, 1981:356.

149. Nesse sentido, cf. Kindermann, 1988:225.

150. Cf. diversamente, Noll, 1981:356. Ver também Kindermann, 1989:266.

151. Kindermann, 1988:227. Analogamente, mas numa posição ainda voluntarista, cf. Blankenburg, 1977:43.

problema da legislação simbólica é condicionado estruturalmente, sendo antes de se falar em interesses sociais que a possibilitam¹⁵² do que de vontade ou intenção do legislador. Por outro lado, não cabe, no sentido oposto, distinguir a legislação simbólica da legislação instrumental com base na diferença entre, respectivamente, efeitos tencionados e não-tencionados¹⁵³, pois nada impede que haja legislação intencionalmente orientada para funcionar simbolicamente. Parece-nos sim adequada a contraposição dos efeitos latentes da legislação simbólica aos efeitos manifestos da legislação instrumental (v. item 8 deste cap.)

7. Tipos de Legislação Simbólica

7.1. Da Tipologia

Tendo em vista que os casos enquadrados no campo conceituai da legislação simbólica são muito heterogêneos, tem-se procurado classificá-los. Em algumas tentativas de tipificação, porém, são incluídos atos normativos que não constituem legislação simbólica no sentido estrito e diferenciado que estamos utilizando. Assim é que Noll inclui as declarações, tal como se apresentam principalmente nas Constituições e nos seus preâmbulos, na vasta categoria da legislação simbólica¹⁵⁴. Entretanto, apesar da função simbólica das declarações contidas nos textos constitucionais e seus preâmbulos, elas podem servir também à interpretação e, portanto, à concretização normativa do texto constitucional. Assim sendo, não devem, em princípio, ser enquadrados na categoria da legislação simbólica, caracterizada por uma hipertrofia da sua função simbólica em detrimento da concretização normativa do respectivo texto legal. Isso só se justificará quando as declarações estejam em desconformidade com o próprio sistema constitucional em vigor ou em desconformidade com a realidade constitucional. Da mesma maneira deve-se argumentar com relação a normas que se referem a símbolos do poder "soberano" estatal, como brasões das forças armadas, bandeiras, hinos, as quais, além de uma função informativa, possuem força normativa para os seus destinatários, até mesmo consequências penais, não implicando, em princípio, legislação simbólica¹⁵⁵.

152. Cf. Schild, 1986:199.

153. Cf. König, 1982:308.

154. Noll, 1981:356s.

155. Kindermann, 1989:265; Noll, 1981:359s.

Inapropriado para atuar como simbólica a legislação que vem para regular matéria já suficientemente tratada em outro(s) diploma(s) normativo(s). como no caso da cominação de pena a fato já punível¹⁵⁶. É evidente que uma nova regulação legislativa de conteúdo idêntico ou semelhante a leis mais antigas, mesmo que se reconheça a sua função simbólica, pode servir para fortalecer determinada posição do Estado-Legislador, contribuindo para uma maior efetivação do respectivo conteúdo normativo. Em princípio, portanto, pode ter uma função relevantemente instrumental. Quando, porém, a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica. Mas não simplesmente por se tratar de legislação destinada a regular situações já suficientemente previstas em leis mais antigas, e independentemente disso.

Kindermann propõe um modelo tricotômico para a tipologia da legislação simbólica, cuja sistematicidade o torna teoricamente frutífero:

"Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios"¹⁵⁷.

7.2. Confirmação de Valores Sociais

O que se exige do legislador muito frequentemente é, primariamente, uma posição a respeito de conflitos sociais em torno de valores. Nesses casos, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores vêm a "vitória legislativa" como uma forma de reconhecimento da "superioridade" ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei. Dessa maneira, procuram influenciar a atividade legiferante, no sentido de que sejam formalmente proibidas aquelas condutas que não se coadunam com os seus valores, assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos, satisfazendo-se as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo.

156. Em sentido contrário, cf. Schlö, 1986:197.

157. Kindermann, 1988:230, 1989:267 (variando aqui a formulação).

Um clássico exemplo no estudo da legislação simbólica é o caso da "lei seca" nos Estados Unidos da América, abordado pormenorizadamente por GusfieldTM. A tese central de Gusfield afirma que os defensores da proibição de consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados na sua eficácia instrumental, mas sobretudo em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de *status*. Nos conflitos entre protestantes/nativos defensores da lei proibitiva e católicos/imigrantes contrários à proibição, a "vitória legislativa" teria funcionado simbolicamente a um só tempo como "ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores", sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais¹⁵⁸. Embora contestada quanto à sua base empírica¹⁵⁹, é de se reconhecer que a contribuição de Gusfield possibilitou uma nova e produtiva leitura da atividade legislativa¹⁶¹.

Outro caso, mais recente, é o da discussão sobre o aborto na Alemanha. Blankenburg enfatiza que os participantes da discussão em torno da legalização do aborto estão informados de que a violação do § 218 do Código Penal Alemão (StGB) "são muito frequentes e que punições ocorrem apenas em casos excepcionais"¹⁶². Conclui, então, com base mesmo em decisões do Tribunal Constitucional Federal, que no conflito sobre a legalização do aborto trata-se da *afirmação simbólica de pretensões normativas*, não da imposição efetiva dessas¹⁶³.

Um outro exemplo, muito significativo para a experiência social europeia mais recente, é o da legislação sobre estrangeiros. O debate a respeito de uma legislação mais rigorosa ou mais flexível em relação aos estrangeiros seria predominantemente simbólico: nesse caso, a legislação teria uma força simbólica muito importante, na medida em que influenciaria como os imigrantes serão vistos pelos nacionais — como estranhos e invasores, ou como vizinhos, colegas de trabalho, de estudo, de associação e, portanto, parte da sociedade¹⁶⁴. Primariamente, a legisla-

158. Gusfield, 1986: esp. 166ss. (Cap. 7), 1967:176ss.

159. Gusfield, 1986:23.

160. Friedman, 1972:210. Noll, 1981:350. Cf. Kindermann, 1988: 224s., 1989:266.

161. Kindermann, 1989:266.

162. Blankenburg, 1977:42.

163-Blankenburg, 1977:42. Cf. também Kindermann, 1988:231s.; He-genbarth, 1981:202; Noll, 1981:353.

164. Kindermann, 1989:267, com base em conclusões de Groenendijk, 1987:

ção funcionaria então como "etiqueta" em relação à figura do estrangeiro¹⁶⁵.

Analisando os problemas do Direito e da Administração na África da pós-independência, Bryde sustentou que a ênfase legislativa em princípios como "negritude" e "autenticidade" teria desempenhado uma função simbólica para a delimitação do "caráter" nacional perante o poder colonial. A mesma função exerceria, por outro lado, a codificação modernizadora, como no caso da Etiópia em 1960, onde ela teria servido como fórmula de confirmação da modernidade¹⁶⁶. Kindermann interpretou esses casos de legislação simbólica como "confirmação de valores sociais"¹⁶⁷. Embora quanto à primeira hipótese, ênfase na "negritude" e na "autenticidade", pareça adequado o enquadramento do caso nessa classe de legislação simbólica, tendo em vista que há pretensamente a corroboração de valores sociais, a codificação modernizadora parece adequar-se melhor na categoria da legislação-álibi, de que trataremos no próximo subitem.

A legislação simbólica destinada primariamente à afirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores e interesses. Constituiria um caso de política simbólica por "gestos de diferenciação", os quais "apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade"¹⁶⁸. Mas a legislação afirmativa de valores sociais pode também implicar "gestos de coesão"¹⁶⁹, na medida em que haja uma aparente identificação da sociedade nacional com os valores legislativamente corroborados, como no caso de princípios de "autenticidade"¹⁷⁰. Além do mais, a distinção entre "gestos de coesão" e "gestos de diferenciação" é relativa. Mesmo quando se fala de "gestos de coesão" com referência à sociedade nacional como um todo, deve-se observar que eles podem funcionar como fortes "gestos de diferenciação" relativamente ao "ini-

migo externo", ao "poder colonial" etc. E, por outro lado, atos legislativos considerados como "gestos de diferenciação" — é o caso da "Lei Seca" nos EUA. conforme a interpretação de Gusfield — podem servir relevantemente para a coesão dos respectivos grupos, tanto dos "glorificados" quanto dos "degradados".

7.3. *Legislação-Alibi*

O Objetivo da legislação simbólica pode ser também fortificar "a confiança do cidadão no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado"¹⁷¹. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança no sistema jurídico-político¹⁷². O legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão "legislação-álibi"¹⁷³. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas e/ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

Nos períodos eleitorais, p. ex., os políticos dão conta do seu desempenho, muito comumente, com referências à iniciativa e à participação no processo de elaboração de leis que correspondem às expectativas do eleitorado. É secundário aqui se a lei surtiu os efeitos socialmente "desejados", principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas¹⁷⁴. Importante é que os membros do parlamento e do governo apresentem-se como atuantes e, portanto, que o Estado-Legislator mantenha-se merecedor da confiança do cidadão.

Mas não só dessa forma genérica evidencia-se a legislação-álibi. Face à insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou à

25, a respeito do direito eleitoral dos estrangeiros, a nível municipal, na Holanda.

165. Kindermann, 1989:267.

166. Bryde, 1987:37.

167. Kindermann, 1989:267.

168. Gusfield, 1986:172.

169. Cf. Gusfield, 1986:171.

170. Aqui pode caracterizar-se um dos casos dos "mirandas", conforme os define Lasswell (1982:1.3s.): "Os 'mirandas' são os símbolos de sentimento e identificação no mito político, cuja função consiste em despertar admiração e entusiasmo, criando e fortalecendo crenças e lealdades"(14).

171. Kindermann, 1988:234; com formulação análoga, Hegenbarth, 1981: 201.

172. Kindermann, 1988:234.

173. Kindermann, 1988:234-38, 1989:267ss. Analogamente, Noll (1981: 360-62) fala de "reações substitutivas" como espécie de legislação simbólica.

174. Kindermann, 1988:234, 1989:269.

emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, a regulamentação normativa muito provavelmente possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado.

Kindermann refere-se ao caso de peixes acometidos por nematódeos e que, conforme uma reportagem da TV alemã (1987), estariam sendo comercializados, provocando doenças intestinais nos consumidores. Os problemas econômico-sociais resultantes da redução do consumo provocada pela reportagem levou o Governo Federal da Alemanha a expedir um Decreto muito detalhado, de acordo com o qual estaria garantindo que nenhum peixe acometido chegaria ao comércio. Com isso, obtinham-se efeitos positivos para a regularização do comércio de pescados, embora, sob o ponto de vista instrumental, o problema da comercialização de peixes contaminados permanecesse fora do controle¹⁷⁵.

No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes¹⁷⁶. A onda anti-semítica que se propagou na Alemanha em 1959-60, onde houve freqüentes violações de cemitérios judeus e sinagogas, levou, por exemplo, a uma reforma juridicamente desnecessária do Parágrafo 130 do Código Penal Alemão (StGB), a qual, porém, demonstrava simbolicamente a prontidão do Estado de responder à "indignação" pública pelas desordens anti-semíticas¹⁷⁷. Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil das duas últimas décadas, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, eis que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos sócio-econômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor¹⁷⁸.

Além dos casos em que se apresenta como "reação substitutiva" a pressões sociais ou como referência na prestação de contas ao eleitora-

175. Kmdennann, 1989:268.

176. Cf. Schlud, 1986:198.

177. Kindermann, 1988:237.

178. Aqui se enquadra evidentemente o debate sobre a legalização da pena de morte, que, por último, implica o problema da constitucionalidade da respectiva reforma da constituição (cf. art. 5º, inciso XI, VII, al. a, c/c art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal).

do, a legislação-álibi serve como mecanismo de exposição simbólica das instituições. Um exemplo interessante é o da legislação sobre os meios de comunicação nos EUA¹⁷⁹. As normas sobre controle da radiodifusão e da televisão teriam permanecido "sem efeitos regulativos reais", mas teriam servido para dar "a aparência das precauções estatais por um mínimo de responsabilidade da mídia", como também para "dissipar dúvidas sobre a racionalidade do sistema de mídia americano", evitando possíveis reações de descontentamento dos cidadãos¹⁸⁰. Em casos como esse, a legislação-álibi não estaria vinculada a relações mais concretas entre políticos e eleitores ou entre governo/parlamento e pressões específicas do público, mas sim, de forma mais genérica, à exposição abstrata do Estado como instituição merecedora da confiança pública.

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador¹⁸¹. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos¹⁸². A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade¹⁸³. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos (v. *infra* Cap. III. 1.) A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normalizar as respectivas relações sociais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político con-

179. A respeito, v. Iloffmann-Riem, 1981, 1985. Cf. também Kindermann, 1988:235-37.

180. Iloffmann-Riem, 1981:81s.; Kmdennann, 1988:236.

181. Kmdennann, 1988:234.

182. Noll, 1981:364; Kmdennann, 1988:235. 1989:270.

183. Assim é que Kmdennann fala de "solução de problemas sociais" através de leis (1988:264).

ira outras alternativas¹⁸⁴, desempenhando uma função ideológica. Mas parece muito limitada e simplista a concepção que considera, no caso da legislação-álibi, o legislador como quem ilude e o cidadão como o iludido¹⁸⁵. Em primeiro lugar, deve-se observar que, face à "perda de realidade da legislação" em um mundo que se transforma aceleradamente, confundem-se o real e a encenação, "desaparecem também os contornos entre desejo e realidade", "ilusão e auto-ilusão tornam-se indiferenciáveis", de tal maneira que "líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas"¹⁸⁶. A legislação-álibi implica uma tomada de papéis sociais tanto pelas elites que encenam, quanto por parte do público-espectador, não podendo ser restringida a atividades conscientes das elites para alcançar seus fins; eis que tentativas de manipulação desse tipo "tornam-se usualmente conhecidas" e tendem ao fracasso¹⁸⁷. Entretanto, embora seja de relativizar-se os conceitos de manipulação e de ilusão¹⁸⁸, é evidente que a legislação-álibi pode induzir "um sentimento de bem-estar" (-> "resolução de tensão")¹⁸⁹ e, portanto, servir à lealdade das massas¹⁹⁰.

Por fim, é importante salientar que a legislação-álibi nem sempre obtém êxito em sua função simbólica. Quanto mais ela é empregada tanto mais freqüentemente ela fracassa¹⁹¹. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à "descrença" no próprio sistema jurídico, "transtorna persistentemente a consciência jurídica"¹⁹². Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não positiva normas jurídicas, o Direito como sistema de regulação da conduta em interferência intersubjetiva cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos¹⁹³. A esse ponto retornaremos quando tratarmos especificamente da constitucionalização simbólica.

184. Cf. Noll, 1981:362; Kindermann, 1988: 235, Hegembarth, 1981:202s.

185. Kindermann, 1989:270.

186. Hegembarth, 1981:204.

187. Edelman, 1967:20. Cf. também Kindermann, 1988:238; Offe, 1976:

188. Kindermann, 1988:238.

189. Edelman, 1987:38.

190. Cf. Kindermann, 1989:269; Hegembarth, 1981:201.

191. Kindermann, 1989:270.

192. Kindermann, 1989:270, 1988:235.

193. Kindermann, 1989:270.

7.4. Legislação como Fórmula de Compromisso Dilatório

A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios¹⁹⁴. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas através do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.

Como "compromisso-fórmula dilatório", expressão utilizada por Schmitt em relação à constituição de Weimar¹⁹⁵, enquadra-se perfeitamente o caso da Lei Norueguesa sobre empregados domésticos (1948), investigado muito habilidosamente por Aubert¹⁹⁶. A função manifesta dessa lei teria sido a regulamentação de relações de trabalho; instrumentalmente o seu fim teria sido a melhora das condições de trabalho dos empregados domésticos e a proteção dos seus interesses¹⁹⁷. A suavidade das normas sancionadoras a serem aplicadas às donas de casa nas hipóteses de violação da lei, dispositivos punitivos cujas dificuldades de aplicação decorriam da própria lei, constituía um fator importante para garantir a sua ineficácia. Também a forte dependência pessoal dos empregados domésticos em relação às donas de casa atuava como condição negativa de efetivação do texto legal. Foi exatamente essa previsível falta de concretização normativa que possibilitou o acordo entre grupos "progressistas" e tendências "conservadoras" em torno da Lei. Os primeiros ficaram satisfeitos porque a Lei, com os seus dispositivos sancionatórios, documentava a sua posição favorável a reformas sociais. Aqueles que eram contrários à nova ordem legal contentaram-se com a falta de perspectiva de sua efetivação, com a sua "evidente impraticabilidade"¹⁹⁸. Dessa maneira, abrandava-se um conflito político interno através de uma "lei aparentemente progressista", "que satisfazia ambos partidos"¹⁹⁹, transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do

194. Kindermann, 1988:239. Analogamente, refere-se Hegembarth (1981: 202) a leis que se dirigem simultaneamente a fins antitéticos.

195. Cf. Schmitt, 1970:31ss. (tr. esp., 1970:36ss).

196. Aubert, 1967. Cf. também Lenk, 1976:148.; Kindermann, 1988:228, 230 e 239.

197. Aubert, 1967:285; Kindermann, 1988:228.

198. Aubert, 1967:302; Lenk, 1976:149.

199. Lenk, 1976:149. Cf. Aubert, 1967:296ss.

conflito social subjacente.

8. Eficácia e Efetividade das Leis *versus* Efeitos Reais da Legislação Simbólica

As considerações apresentadas no item anterior implicam a rejeição da concepção simplista da inexistência ou irrelevância social da legislação ou dos textos legais carentes de eficácia normativa. Nesse sentido é que Aubert, em seu já mencionado estudo, fez a distinção entre funções sociais manifestas e latentes da legislação²⁰⁰. A legislação simbólica teria, então, efeitos sociais latentes; em muitos casos bem mais relevantes do que os "efeitos manifestos" que lhe faltaram. Entretanto, a utilização indiscriminada do termo 'eficácia' e 'efetividade' em relação à legislação simbólica pode embaraçar a compreensão de quais os seus efeitos específicos. Além do mais, há efeitos latentes que não importam função simbólica da lei. Por isso pretendemos a seguir apresentar um quadro tipológico dos efeitos da legislação.

8.1. Eficácia como Concretização Normativa do Texto Legal

Distingue-se tradicionalmente a eficácia no sentido técnico-jurídico da eficácia em sentido "sociológico"²⁰¹. A primeira refere-se à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou melhor, à sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade. A pergunta que se põe é, nesse caso, se a norma preencheu as condições intra-sistêmicas para produzir os seus efeitos jurídicos específicos²⁰². No sentido "empírico", "real" ou "sociológico" — acolhido, no entanto, na "Teoria Pura do Direito"²⁰³ —, a eficácia diz respeito à conformidade das condutas à norma. A pergunta que se coloca é, então, se a norma foi realmente "observada", "aplicada", "executada" (imposta) ou "usada". E essa questão que nos interessa aqui, ou seja, o problema da eficácia em sentido "empíri-

200. Aubert, 1967. A distinção entre funções latentes e manifestas remonta a Merton, 1968:105 e 114ss. A respeito, cf. também Treves, 1978:169s.

201. Cf. Neves, 1988:51s.

202. Cf. Rottluthner, 1981:92; Silva, 1982:55s.; Borges, 1975:42-44.

203. Cf. Kelsen, 1960:10s e 215ss. (tr. port., 1974:29-31 e 292ss.), 1946:39s.

co".

Inicialmente devemos distinguir entre observância e imposição (ou execução em sentido estrito) das leis: a observância significa que se agiu conforme a norma legal, sem que essa conduta esteja vinculada a uma atitude sancionatória impositiva; a execução (ou imposição) surge exatamente como reação concreta a comportamentos que contrariam os preceitos legais, destinando-se à manutenção do direito ou ao restabelecimento da ordem violada²⁰⁴. Assim é que a observância diz respeito à "norma primária" e a execução em sentido estrito ou imposição refere-se à "norma secundária", partes da norma que atribuem consequências deontológicas, respectivamente, à conduta lícita (ou também a fatos jurídicos em sentido estrito) e ao ato ilícito²⁰⁵. A eficácia pode decorrer, consequentemente, seja da observância da lei ou de sua imposição²⁰⁶. Numa acepção estritamente jurídica (não do ponto de vista da aceitação moralmente fundamentada) seria possível, então, distinguir-se entre eficácia autônoma (por observância) e eficácia heterônoma (por imposição de terceiro) de um preceito normativo. Aqui não se concebe, portanto, a restrição do conceito de eficácia à observância "autônoma", no sentido de abordar-se a questão especificamente na perspectiva da possível justiça da norma jurídica²⁰⁷. Também a superestimação da observância²⁰⁸

204. Luhmann, 1987:267. Cf. também Garrn, 1969:168s.; Noll, 1972:259.

205. Sobre a distinção entre norma primária e norma secundária, v. Geiger, 1970:144ss. Cossio empregava, respectivamente, os termos 'endonorma' e 'per-norma', para acentuar que se trata de dois componentes disjuntivamente vinculados de uma única norma (cf. Cossio, 1964:esp. 661s.). Kelsen utilizava, inversamente, as expressões 'norma secundária' (-> observância) e 'norma primária'(norma sancionadora), em face de sua superestimação do momento sancionatório para a identificação do fenômeno jurídico (cf. Kelsen, 1966:51s., 1946:60s., 1980:52 e 124-27). Em perspectiva lógica, Vilanova (1977:64s. e 90) rejeita a inversão conceitual em Kelsen e mantém os adjetivos 'primário' e 'secundário' no sentido usual, enfatizando designarem uma relação de antecedente e consequente lógicos no âmbito da norma

206. Cf. Geiger, 1970:70.

207. Assim, porém, Ryffel, 1972:228; v. também idem, 1974:251-58. A respeito, criticamente, Blankenburg, 1977:33ss.

208. Cf. Garrn, 1969:169. Equívoca e, porém, a posição de Garrn, o qual, em contradição com sua afirmação de que "uma norma é eficaz quando é observada ou executada" (168), escreve: "Ela só pode mostrar-se como eficaz por ser

ou a ênfase na "eficácia regulativa"²⁰⁹ não é de admitir-se, na medida em que assim se desconhece o significado da eficácia através de imposição (execução). A ineficácia só se configura, por conseguinte, na hipótese da não ocorrência de nenhuma das duas alternativas de concreção da norma legal, ou seja, no caso de tanto "norma primária" quanto "norma secundária" fracassarem²¹⁰.

Como os conceitos de execução (imposição) e observância adquirem aqui um sentido estrito, pode-se introduzir nesse ponto duas outras noções: 'aplicação do Direito' e 'uso do Direito'. Da mesma maneira que a execução, a aplicação do Direito exige, em ordens jurídicas positivas, o agir de um terceiro, o órgão competente, em face dos destinatários da norma. Porém, a execução em sentido estrito consiste numa atividade impositiva de fato, enquanto a aplicação normativa pode ser conceituada como a criação de uma norma concreta a partir da fixação do significado de um texto normativo abstrato em relação a um caso determinado, incluindo, na concepção de Müller, não só a produção da "norma de decisão" (individual)²¹¹, mas também a produção da "norma jurídica" (geral) aplicável ao caso²¹². Embora aplicação e execução normativa es-

observada" (169), de tal maneira que sua execução (imposição) implica exclusivamente a eficácia (observância) da respectiva "norma secundária" (norma de execução) (169s.). É verdade que 'observância' e 'execução' ('imposição') constituem conceitos relativos, na medida em que a imposição (execução) de uma "norma primária" através de sua correspondente "norma de execução" importa a observância dessa última; deve-se, porém, acrescentar-se: na perspectiva de sua observância/não-observância, a última não constitui mais "norma de execução" ("norma secundária"), mas sim uma "norma primária", à qual, por sua vez, corresponde uma "norma secundária".

209. Cf. Kramer, 1972:254ss.

210. Com isso não se desconhece o seguinte: "uma norma que relativamente aos destinatários normativos primários não é mais regulativamente eficaz, mas sim apenas repressivamente, a longo prazo cairá de todo — também repressivamente — em *desuetudo*" (Kramer, 1972:256).

211. Cf. Garrn, 1969: 169s. Em Kelsen a "aplicação" inclui a atividade executória da sanção — cf. Kelsen, 1960:11 e 240 (tr. br., 1974:30 e 325); a respeito, criticamente, Garrn, 1969:169s.

212. Cf. Müller, 1984:263ss. Aqui é de se observar que a "Teoria Pura do Direito" já acentuava a relatividade dos conceitos de aplicação e criação do Direito — cf., p. ex., Kelsen, 1960:240s. (tr. br., 1974:325s.), 1946:132s., 1966:233s.; a respeito, v. Kramer, 1972:247ss.

tenham estreitamente vinculadas, existem, porém, atividades de aplicação que não estão relacionadas com execução do Direito em sentido estrito, como, por exemplo, no caso da jurisdição voluntária. A diferenciação entre execução e aplicação (polícia e outros órgãos de execução *versus* juizes e tribunais) implica que surjam discrepâncias entre esses dois momentos da concretização do Direito. Na medida em que a "norma individual" (do órgão aplicador da lei) constitui "uma mera possibilidade", estará sempre presente a hipótese de que nem a parte condenada nem os funcionários competentes para a execução conduzam-se de acordo com o seu conteúdo²¹³. A consonância entre produção e aplicação de normas gerais não é suficiente, portanto, para que se caracterize a eficácia do Direito: a falta de observância e/ou de execução (em sentido estrito) poderá, também nesse caso, quebrar a cadeia de concretização normativa.

Uma outra distinção relevante para o problema da eficácia das leis é a que se estabelece entre observância e uso do Direito. A observância refere-se às "regras de conduta", isto é, às obrigações e proibições; o uso, às "ofertas de regulamentação"²¹⁴. Não estando presentes as condições ("infra-estrutura") para o uso das ofertas de regulamentação legalmente postas, pode-se falar, então, de ineficácia normativa. Porém, nesse caso, não se trata de respeito, violação ou burla de preceito legal, mas sim de uso, desuso ou abuso de textos legais que contêm oferta de auto-regulamentação de relações intersubjetivas²¹⁵.

A eficácia da lei, abrangendo situações as mais variadas — observância, execução, aplicação e uso do Direito, pode ser compreendida genericamente como concretização normativa do texto legal. O nosso conceito de concretização é mais amplo do que o formulado por Müller, conforme o qual o "processo de concretização" restringe-se à produção da "norma jurídica" (geral) e da "norma de decisão" (individual) na resolução de um caso determinado²¹⁶. No sentido em que o concebemos,

213. Kramer, 1972:255. Nesse sentido, não cabe reduzir o conceito de eficácia à "disposição para a aplicação", como pretende Bulygin, 1965:53ss.

214. Blankenburg, 1977:36s. Bulygin (1965:45ss.) propõe uma distinção inteiramente diferente entre "observância e uso de normas", segundo a qual a "aplicação" constitui um caso típico de "uso", a saber, "é definida como uso das normas para a fundamentação de decisões jurídicas"(40).

215. Cf. Friedman, 1972:207s.; Blankenburg, 1977:37.

216. Cf. Müller, 1984:263. De acordo com Müller (p. cx., 1984:269), também a norma jurídica só vem a ser produzida em cada caso.

o processo de concretização normativa sofre bloqueios em toda e qualquer situação na qual o conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado, desconhecido ou desconsiderado nas interações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações etc; inclusive, portanto, nas hipóteses de inobservância ou inexecução da "norma jurídica" (geral) e da "norma de decisão" (individual) produzidas em um caso jurídico determinado, como também quando ocorrer desuso ou abuso de "ofertas de regulamentação". Entretanto, o processo concretizador não deve suscitar, de maneira nenhuma, "a ilusão da plena correspondência do abstrato e do concreto", mas sim, como problema, "a ser resolvido através de uma forma de não-identidade integrada do abstrato e do concreto"²¹⁷. Retornaremos a esse tema ao abordarmos especificamente a relação entre texto constitucional e realidade constitucional (Cap. II.2).

8.2. *Efetividade como Realização da Finalidade da Lei*

Da eficácia, compreendida como mera conformidade dos comportamentos ao conteúdo (alternativo) da norma, tem-se procurado distinguir a efetividade, sugerindo-se uma referência aos fins do legislador ou da lei²¹⁸. Formulando com outras palavras, pode-se afirmar que a eficácia diz respeito à realização do "programa condicional", ou seja, à criação do vínculo "se-então" abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal²¹⁹, enquanto a efetividade se refere à implementação do "programa finalístico" que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo "meio-fim" que decorre abstratamente do texto legal²²⁰.

Especificamente quanto aos fins das normas jurídicas, distinguem-

217. Luhmann, 1974:52.

218. Capella, 1968:105; Leamnaud, 1983:53s. Cf. Glasvrm et al., 1982. Noll (1972:261) denomina-a "eficácia social".

219. Sobre programação condicional como particularidade do Direito positivo, v. Luhmann, 1987b:227-34, 1981b:14Ü-43, 1981c:275ss., 1973a:88ss. (esp 99); Neves, 1992:29.

220. Quanto à relação recíproca entre programa condicional e programa finalístico para a legitimação do Direito positivo, v. Luhmann, 1983a:130ss., 1973a:101 ss.

se, então, efetividade, inefetividade e antiefetividade de sua atuação²²¹. Uma lei destinada a combater a inflação, por exemplo, será *efetiva* quando a inflação for reduzida relevantemente por força de sua *eficácia* (observância, aplicação, execução, uso). Entretanto, o vínculo "se-então" previsto abstratamente numa lei antiinflacionária pode estar sendo regularmente concretizado nas relações em interferência intersubjetiva, sem que haja qualquer modificação significativa no aumento dos preços, tem-se, portanto, eficácia sem efetividade. E há também a possibilidade de que a legislação antiinflacionária (para permanecer no exemplo) seja intensamente eficaz, mas provoque uma relevante alta de preços, implicando portanto antiefetividade.

Para finalizar, queremos advertir que tanto 'eficácia' quanto 'efetividade' são conceitos relativos, graduais. Nos casos, porém, em que a ineficácia e/ou inefetividade atingem um grau muito elevado, implicando que as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais, de uma forma generalizada, não se orientam pela "norma" legislativamente posta, encontramos-nos diante de falta de vigência social da lei ou de carência de normatividade do texto legal (cf. subitem 8.4 deste cap.).

8.3. *Efeitos Indiretos e Latentes da Legislação*

A eficácia e a efetividade não esgotam o problema dos efeitos da legislação. As normas legais produzem efeitos indiretos ou latentes que poderão estar vinculados ou não à sua efetividade e eficácia.

Em primeiro lugar cabe distinguir as consequências da legislação na sua conexão com outros fenômenos sociais²²². Assim é que se discute sobre a utilidade e o significado econômico de normas jurídicas²²³. Uma lei tributária, por exemplo, pode ser intensamente eficaz e efetiva, mas produzir recessão, desemprego e/ou inflação. Também no concernente à arte, ao amor, às relações familiares, os efeitos indiretos de uma lei podem ser bastante significativos. Uma lei que amplie os casos de permissão de aborto inegavelmente terá forte influência sobre as relações amorosas e familiares. Uma legislação que imponha censura aos meios de comunicação terá consequências sobre a criação artística.

221. Cf. Glasvrm et al., 1982:49-52.

222. Cf. Blankenburg, 1977:41.

223. A respeito, v. Glasvrm et al., 1982:52-60

No plano do direito penal, fala-se da função ou efeito criminógeno da própria lei penal²²⁴. Poder-se-ia objetar que se trata aqui de um caso de antiefetividade. Mas a hipótese é mais abrangente. A pesquisa criminológica aponta situações em que a atuação coercitiva do aparelho estatal contra a criminalidade juvenil leva a estreitar os laços entre os respectivos jovens, que, em reação, passam a praticar atos puníveis mais graves²²⁵. Em muitos casos, à promulgação de uma nova lei penal seguem-se contra-reações, atos de resistência e de ajuda aos autores, implicando outras condutas puníveis²²⁶. Por fim, entre os penalistas considera-se como incontroverso que a criminalização de uma conduta tem frequentemente por consequência a prática de novos atos puníveis para sua execução e encobrimento, incluindo-se também a extorsão²²⁷.

Do ponto de vista psicanalítico, sustenta-se que a legislação pode constituir um processo de estabilização do ego, mesclando-se aí variáveis instrumentais e simbólicas²²⁸. No campo do direito penal, tem-se indicado que a legislação serviria para satisfazer, de forma sublimada, a "necessidade de vingança" do povo, evitando-se, então, a justiça por linchamento²²⁹. Analogamente, satisfaz-se por leis punitivas ou restritivas de direitos à necessidade de "bodes expiatórios", estigmatizando-se determinados membros da sociedade e descarregando-se outros de responsabilidade ou sentimento de culpa²³⁰. Porém, nessa hipótese, em não havendo eficácia dos preceitos legais, estaremos num típico caso de legislação simbólica.

Um relevante efeito indireto da legislação é aquele que ela exerce com relação a quem elabora o respectivo projeto de lei²³¹. Para um juris-

ta, a participação na elaboração de um anteprojeto de código civil, código penal, código tributário etc. pode implicar a sua consagração no meio acadêmico e profissional. Um burocrata que elabora um importante projeto de lei terá maiores chances de galgar na estrutura administrativa. Também muito relevante é a atividade legislativa para a carreira política. Em todas essas hipóteses, a aprovação da respectiva lei importa igualmente a satisfação pessoal do seu "elaborador"²³². É evidente que, nesses casos, a legislação pode ser simplesmente simbólica. Mas os efeitos positivos da legislação para o elaborador da lei, especialmente para juristas e burocratas, tendem a ser tanto mais intensos quanto maior for a sua força normativa.

8.4. Efeitos da Legislação Simbólica

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata "se-então" da "norma primária" e da "norma secundária" (programação condicional) não se concretiza regularmente. Não é suficiente a não-realização do vínculo instrumental "meio-fim" que resulta abstratamente do texto legal (programa finalístico) para que venha a discutir-se sobre a função hipertroficamente simbólica de uma lei. **Sendo eficaz, ou seja, regularmente observada, aplicada, executada ou usada (concretização normativa do texto legal), embora inefetiva (não-realização dos fins), não cabe falar de legislação simbólica.**

Entretanto, como têm salientado os sociólogos do Direito, "eficácia" é um conceito gradual, mensurável (quota de observância e de execução)²³³. Qual o grau de ineficácia normativa então necessário, para que se atribua a uma lei efeitos hipertroficamente simbólicos (legislação simbólica)? Parece-nos que a resposta se encontra, porém, não numa quota de ineficácia mensurável, mas sim no problema da falta de vigência social da norma. Expliquemos a seguir.

Considerando-se que constituem funções do sistema jurídico tanto a "direção da conduta" quanto o "asseguramento das expectativas"²³⁴, a eficácia diz respeito à primeira, enquanto a vigência (social) se refere à

224. Cf. Schild, 1986:200s., tratando da "função criminógena" da legislação penal.

225. Schild, 1986:201.

226. Schild, 1986:201.

227. Schild, 1986:201.

228. Cf. Schild, 1986:200.

229. Schild, 1986:200. Através de pesquisa sociológico-jurídica, C. Souto e T. Souto (1991) procuram demonstrar que a falta de eficácia da legislação penal em áreas do interior do Nordeste do Brasil está vinculada à prevalência da vingança (privada) sobre os modelos punitivos do Direito Penal Positivo. Numa perspectiva psicanalítica, poder-se-ia afirmar que a lei penal não responde, de forma "sublimada", "civilizada", à "necessidade de vingança" do povo.

230. Schild, 1986:200.

231. Cf. Schild, 1986:201s.

232. Schild, 1986:202.

233. Cf. Carbonnier, 1976: 99-111; Geiger, 1970: 228ss.

234. Luhmann, 1981d, onde se trata especialmente da tensão entre essas duas funções.

segunda. Embora a eficácia seja mensurável, a vigência não pode ser medida através de um "cálculo de vinculatoriedade" baseado na "quota de eficácia"²³⁵; apesar de sua relatividade no sentido sociológico²³⁶, a "vigência do direito" é um problema que se encontra no plano do "vivenciar", ao contrário da questão da eficácia, que emerge no plano do "agir"²³⁷. O fato de que a vigência (social) não pode ser reduzida a uma função da "quota de eficácia" não exclui que essa quota condicione a vigência das normas jurídicas e vice-versa, pois "nenhum vivenciar é acessível sem o agir. nenhum agir é compreensível sem consideração do vivenciar do agente"²³⁸. A capacidade do sistema jurídico de dirigir condutas em interferência intersubjetiva e sua capacidade de assegurar expectativas normativas encontram-se em relação recíproca. O problema de como estão se comportando as pessoas e a questão da orientação das expectativas de comportamento pressupõem-se e complementam-se mutuamente²³⁹.

Uro grau muito acentuado de ineficácia pode significar que não há orientação generalizada das expectativas normativas de acordo com a lei, seja isso tanto por parte dos cidadãos, organizações, grupos, quanto por iniciativa dos órgãos estatais (falta de vigência social). Se partimos de que a função primária do Direito "não reside na realização de determinado comportamento, mas sim no fortalecimento de determinadas expectativas"²⁴⁰, pode-se afirmar que a legislação simbólica só tem lugar quando a vigência social da norma legal, ou seja, a sua função de "congruente generalização de expectativas normativas"²⁴¹ é atingida. O

235. Cf., em sentido contrário, Geiger, 197():71s. e 209s.; acompanhando-o, Teubner, 1989:212.

236. Cf. Weber, 1985:17.

237. Para a distinção entre "vivenciar" (Erleben) e "agir" (Handeln), v. Luhmann, 1981e; Kiss, 1986:12-15.

238. Luhmann, 1981f:85.

239. Cf. Blankeburg, 1977:35.

240. Luhmann, 1981 b:118

241. Conforme a definição de Direito formulada por Luhmann: "...estrutura de um sistema social baseada na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento" (1987b: 105). Ou simplesmente: "expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas" (1987b: 99). Formulando de maneira diferente, afirma-se que "o Direito preenche amplas funções de generalização e estabilização de expectativas normativas" (1974: 24).

texto legal não é apenas incapaz de dirigir normativamente a conduta, caracterizando-se principalmente por não servir para orientar ou assegurar, de forma generalizada, as expectativas normativas. Falta-lhe, portanto, normatividade.

A legislação simbólica não se delinea, quanto aos efeitos, tão-somente num sentido negativo: falta de eficácia normativa e vigência social. Há atos de legislação e textos normativos que têm essas características, sem que desempenhem qualquer função simbólica. Basta lembrar o fenômeno do desuso, o qual atinge a própria "validade" (pertinência) da norma em sentido técnico-jurídico²⁴². A legislação simbólica define-se também num sentido positivo: ela produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica. Não se distingue da legislação instrumental por não exercer influência sobre a conduta humana, mas sim pela forma como exerce essa influência e pelo modelo de comportamento que influencia²⁴³. Conforme o tipo de legislação simbólica, variarão, porém, os seus efeitos.

No que concerne à legislação destinada à confirmação de valores sociais, pode-se distinguir três efeitos socialmente relevantes. Em primeiro lugar, trata-se de atos que senem para convencer as pessoas e grupos da consistência do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados ao Direito e por ele garantidos²⁴⁴. Em segundo lugar, a afirmação pública de uma norma moral pelo legislador, mesmo que lhe falte a específica eficácia normativo-jurídica, conduz, as principais instituições da sociedade a servir-lhe de sustentação, de tal maneira que a conduta considerada ilegal tem mais dificuldade de impor-se do que um comportamento lícito; vislumbra-se aqui função instrumental para o Direito, mesmo em havendo "evasão padronizada"²⁴⁵. Por fim, a legislação simbólica confirmadora de valores sociais distingue, com relevância institucional, "quais as culturas têm legitimação e dominação pública" (dignas de respeito público) das que são consideradas "desviantes" ("degradadas publicamente"), sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos²⁴⁶.

242. Cf. Kelsen, 1960:220 (tr. br. 1974:298s.). A respeito da relação da eficácia com a pertinência e a validade em sentido técnico-jurídico. v. Neves. 1988: 49-52.

243. Cf. Kmdennann, 1989:257

244. Gusfield, 1967:177

245. Gusfield, 1967:177s

246. Gusfield, 1967:178.

A legislação-álibi é um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos. Como já enfatizamos acima, descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública.

O efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A "conciliação" implica a manutenção do *status quo* e, perante o público-espectador, uma "representação"/"encenação" coerente dos grupos políticos divergentes.

Capítulo 2

...À CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA: ABERTURA DE UM DEBATE

1. Constituição e Constitucionalização

1.1. O Problema da Plurivocidade

Quando falamos em constitucionalização admitimos, implicitamente, ordens jurídicas ou Estados sem Constituição. Ao definir-se Constituição, partilha-se correntemente a idéia de que todo o Estado tem uma Constituição real e/ou normativa. E mesmo quando se nega caráter constitucional a certos Estados, a discussão é reduzida a um problema de axiologia do Estado e/ou do Direito, tratado nos termos do constitucionalismo.

Assim como muitas outras expressões da semântica social e política, o termo 'Constituição' caracteriza-se sincronicamente pela plurivocidade e diacronicamente pela mutação significativa. Em trabalho anterior, já abordamos essa questão da pluralidade de sentidos¹. Os manuais, cursos e "tratados" de Direito Constitucional e Teoria do Estado, muitas vezes sem a devida clareza na distinção conceitual, propõem-se frequentemente a uma exposição abrangente da variação do sentido ou da diversidade de conceitos de Constituição². Não é este o lugar para mais uma abundante explanação do inumerável acervo de definições. Porém, tanto em virtude da variação de sentido do conceito de Constituição no tempo, ou seja, à sua semântica histórico-política³, particularmente na transição

1. Cf. Neves, 1988:53ss.

2. Cf, p. ex. Canotilho, 1991: 59-73, Biscaretti di Ruffia, 1973:148-53, 1974:433-440; Pinto Ferreira, 1962:27-40, 1975:408-15; García-Pelayo, 1950: 29-48; Bastos, 1981:38-42, 1988; J. A. Silva, 1982:9-29. Ver também referências da nota 14 deste cap.

3. A respeito, cf. Maddox, 1989; McIlwain, 1940, Böckenförde, 1983; Meilo Franco, 1958:43-61; Stourzh, 1975 ou 1989.

para o Estado Moderno¹, como também em face da persistência de conceituações relevantes no presente, é importante uma abordagem preliminar a respeito da discussão tradicional sobre os conceitos de Constituição e suas variações históricas².

1.2. O Debate Corrente sobre o Conceito de Constituição

A discussão sobre o conceito de Constituição remonta a Aristóteles. Nele, a Constituição (*politeia*) era concebida, num sentido muito abrangente, como a ordem da *polis*: "... Constituição é a ordem (*taxis*) dos Estados em relação aos cargos governamentais (*arché*), como estes são de distribuir-se, e à determinação do poder governamental supremo no Estado, como também do fim (*telos*) da respectiva comunidade (*koinonía*)".³ Conforme esse conceito de organização da *polis*, o qual incluía elementos estruturais e Ideológicos". Constituição e Estado podiam ser equiparados⁴. Sem desconhecer que somente a partir dos fins do século XVIII tornou-se corrente, nas traduções de Aristóteles, verter '*politeia*' em 'Constituição', prevalecendo anteriormente a tradução pela pala-

4. Cf. Luhmann, 1990a:176s. Empregamos aqui a expressão "semântica histórico-política" para nos referir à conexão entre mudança de sentido dos conceitos e transformação da estrutura social (cf. Luhmann, 1980:19, nota 13).

5. A respeito, v. Neves, 1992a:45ss., de onde retiramos, em linhas gerais, os elementos da exposição que se segue.

6. Aristóteles, 1968:124s. (IV, 1, 1289a); cf. também 80 (III, 1, 1274b) e 91s. (III, 6, 1278b). Na edição bilingüe grego-espanhol organizada por J. Marias e M. Araújo (Aristóteles, 1951), o termo '*politeia*' é traduzido, na passagem citada, por 'régimen político' (167s.). Mas nos dois outros trechos aos quais fizemos referência traduz-se a mesma palavra por 'constitución' (67 e 78). Daí poder-se deduzir-se que falta unidade terminológica a essa famosa versão espanhola. Mas, como observa Bordes (1967:436) — analisando a variação do significado de '*politeia*' no pensamento grego —, não só no conjunto da obra de Aristóteles, mas no interior da própria "Política", aparecem "contradições mesmo, que o autor não procurou eliminar".

7. Portanto, embora se retire à comunidade política tal "como ela realmente é", isto é, seja um termo descritivo (McIlwain, 1940:28; Maddox, 1989:51). '*politeia*' tem implicações axiológicas.

8. Smend, 1968:196. Cf. Aristóteles, 1968:85 (III, 3, 1276b).

vra inglesa 'government', o conceito aristotélico vai desempenhar um importante papel até o início dos tempos modernos¹⁰. Porém, na transição para a sociedade moderna, abriu-se uma nova constelação semântica, no âmbito da qual Constituição será conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder¹¹. Em contraposição ao caráter apenas "modificador do poder", "casuístico" e "particular" dos pactos de poder, surge, no quadro das revoluções burguesas dos fins do século XVIII, o constitucionalismo moderno, cuja semântica aponta tanto para o sentido normativo quanto para a função "constituente de poder", "abrangente" e "universal" da Constituição¹².

A esse uso lingüístico inovador, vinculado às transformações revolucionárias¹³, não se seguiu, contudo, de maneira nenhuma, univocidade em relação ao conceito de Constituição. Ao contrário, fortificou-se desde o surgimento do Estado moderno liberal o problema da plurivocidade da palavra 'Constituição'. Isso manifestou-se sobretudo na clássica Teoria alemã do Estado e da Constituição; mas, apesar da pluralidade de conceitos que foram formulados então¹⁴, eles são suscetíveis de ser classificados em quatro tendências fundamentais, que podem designar-se respectivamente através das palavras-chave 'sociológica', 'jurídico-normativa', 'ideal' e 'cultural-dialética', e que até hoje ainda desempenham um papel importante nos estudos em torno de Estado, Direito e Constituição.

A definição "sociológica" clássica de Constituição, formulou-a Las-

9. Stourzh, 1975:101ss. ou 1989:5ss.

10. Cf. Stourzh, 1975:99ss. ou 1989:3ss.

11. A respeito, cf. Böckenförde, 1983:7ss.

12. Grimm, 1987a: esp. 48ss. Cf. também idem, 1989:633s.

13. "Concentrando-se nas questões da política relativa a conceitos e da inovação semântica, então é fácil reconhecer que transformações revolucionárias motivam um uso lingüístico inovador" (Luhmann, 1990a: 177). A respeito, cf. Skinner, 1989.

14. Cf. Schmitt, 1970:3ss.; Heller, 1934:249ss., esp. 274-76 (tr.br., 1968:295ss., esp. 322-24). Conforme Vilanova (1953: esp. 19 e 98s.), essa pluralidade de conceitos de Constituição seria de atribuir-se, sob prisma kantiano, à complexidade do dado. Segundo Luhmann (1990a: 212), em contrapartida, as diferentes definições de Constituição formuladas no âmbito da Teoria do Estado alemã teriam servido simplesmente para encobrir o déficit em relação à capacidade de compreender claramente ou esclarecer "a função própria e, daí, também o conceito de Constituição".

salle em sua célebre conferência de 1862: "as relações de poder realmente existentes em um país"¹⁵. Não se tratava de uma conceituação pioneira, como o demonstra a análise anteriormente (1844) apresentada por Engels sobre a Constituição Inglesa¹⁶; mas se destacou pela simplicidade e clareza, o que lhe possibilitou ampla divulgação. Por outro lado, não se manteve isolada nos limites do movimento socialista, como o comprova o fato de ter sido adotada expressamente por Weber¹⁷. Denominaram-na "histórico-universal"¹⁸, no sentido de que "todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos de sua história, uma constituição real"¹⁹.

Mas Lassalle não se limitou a isso, havendo reduzido o conceito de Constituição à sua dimensão simplesmente sócio-econômica, ao considerar as normas jurídicas constitucionais como mera expressão da Constituição "real", da qual seriam absolutamente dependentes, sem qualquer reação condicionadora²⁰. Essa postura "sociologista" (ou mesmo "economicista") e "mecanicista" de Lassalle desconhece que, o ordenamento (normativo-jurídico) constitucional tem uma relativa autonomia em face do processo real de poder, condicionando-o em certa medida. Não observa que os fatores "materiais" de poder e a ordem "jurídica" constitucional encontram-se em relações permanentes de implicação recíproca, principalmente através da delimitação de fronteiras²¹. Por outro lado, Lassalle sugeria uma equiparação entre texto e norma constitucional²², e partia do pressuposto de que normas constitucionais não constituíam realidade. Dessa maneira, a atividade constituinte não é compreendida como um processo de filtragem de expectativas normativas de comportamento e, portanto, a constituição não é concebida como expectativas normativas vigentes (v. sub item 1.3 deste cap.).

15. Lassalle, 1987:30. Cf. tr. br., 1980:35, numa versão mais livre.

16. Cf. Engels, 1988: esp. 572ss.

17. Weber, 1985:27.

18. Canotilho, 1991:59.

19. Lassalle, 1987:136 (cf. tr. br., 1980:49). Ver também idem, 1987:134 (tr. br., 1980:47).

20. Cf. Lassalle, 1987: esp. 125 e 147 (tr. br., 1980:19 e 73).

21. inclusive no âmbito do marxismo não se deixou de enfatizar a relativa autonomia e relevância do *jurídico* em sua relação "dialética" com o *econômico* (cf. p. ex., Poulantzas, 1967:160; Nersesians, 1982:177s.).

22. Em posição depreciativa, Lassalle designa a Constituição escrita moderna como "folha de papel" (1987:134 e 136 — trad. br., 1980:46 e 50).

Em oposição à concepção "sociológica" clássica, apresentam-se os conceitos exclusivamente jurídico-normativos de Constituição, nos termos da Teoria Pura do Direito: "o escalão de Direito positivo mais elevado" (Constituição em sentido material) ou as normas jurídicas que, em comparação com as leis ordinárias, só podem ser revogadas ou alteradas através de um procedimento especial submetido a exigências mais severas (Constituição em sentido formal)²³. Nessa perspectiva, pressupõe-se uma identificação entre ordenamento jurídico e Estado²⁴, como também a norma é concebida como objeto *ideal*, mais precisamente, sentido objetivo-*Zi/e/* de um ato de vontade²⁵. Embora não se proponha com isso uma identidade de norma e texto normativo²⁶, desconhece-se a realidade das expectativas normativas constitucionais como elementos estruturais da Constituição jurídica, o que torna o modelo teórico Kelseniano inapropriado para uma abordagem referente à funcionalidade do Direito constitucional, ou seja, à força normativa do texto constitucional. Porém, na medida em que a Teoria Pura do Direito, em contraposição a outros enfoques jurídico-dogmáticos, reconhece que um certo grau de "eficácia" do ordenamento jurídico e de uma norma singular é condição de sua "vigência" ou "validade" ("existência jurídica")²⁷, ela já deixa um espaço aberto — sem que essa seja a sua vertente — para uma interpretação sociológico-jurídica da relação entre 'vigên-

23. Kelsen, 1960:228-30 (tr. br., 1974:310-312), 1946:124s., 1966:251-53, com variações em relação ao conteúdo da "Constituição em sentido material" (cf. Neves, 1988:56s.). Partindo de que "é um problema contingente de classificação estabelecer que normas se vão considerar Constituição material de um Estado" (Vernengo, 1976:310), muitos autores foram levados, na tradicional discussão da Teoria do Estado, a atribuir apenas ao conceito de "Constituição em sentido formal" significação normativo-jurídica (cf. p. ex., Jellinek, 1976: 534; Carré de Malberg, 1922:572ss.; Heller, 1934:274; Pinto Ferreira, 1975: 433s.). Em sentido contrário, v. Kelsen, 1946:258s.

24. Cf. Kelsen, 1966:13-21, 1946:181-92, 1960:289-320 (tr. br., 1974:385-425).

25. Cf. Kelsen, 1960:3-9 (tr. br., 1974:20-28), 1979:2 (tr. br., 1986:2s.). Em sentido contrário, v. Luhmann, 1987b:43s.

26. Cf. Kelsen, 1979:120 (tr. br., 1986: 189s.). Müller (1984:148 e 268) interpreta diferentemente, sustentando a confusão de norma e texto normativo na teoria pura do Direito. Em controvérsia com Müller, cf. Walter, 1975:444.

27. Cf. Kelsen, 1960: esp. 215s. (tr. br., 1974:292ss.), 1979: 112s. (tr. br., 1986:178s.), 1946:41s. e 118-20.

cia' e 'eficácia' da Constituição.

Em uma terceira perspectiva, a Constituição será definida nos termos do chamado "constitucionalismo", que se impôs principalmente com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, correspondendo, portanto, ao ideal constitucional do Estado burguês de Direito²⁸. Aqui o conceito de Constituição está relacionado com o de Estado Constitucional²⁹. Em conformidade com isso, contrapõem-se os Estados constitucionais aos não-constitucionais e fala-se até mesmo de uma "Constituição constitucional do Estado"³⁰. O problema da Constituição é limitado, então, à sua dimensão axiológica: nessa orientação seria Constituição "verdadeira" apenas aquela que correspondesse a um determinado padrão valorativo ideal. Uma expressão clássica do idealismo constitucional encontra-se no Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição"³¹. De acordo com esse modelo, Constituição implica um sistema de garantia da liberdade burguesa, a divisão de poderes e uma forma escrita³². Mesmo que se rejeite essa visão liberal do constitucionalismo em favor de uma concepção democrática — inclusive social-democrática — do Estado constitucional, ainda assim permanece como núcleo do conceito a "garantia" dos chamados direitos fundamentais e

28. Cf. Schmitt, 1970:36-41 (tr. esp., 1970:41-47); Canotilho, 1991:64-66.

29. Hollerbach, 1969:47.

30. Schmitt, 1970:36 (tr. esp., 1970:41).

31. Entre outros, *in*: Duverger (org.), 1966:3s.(4). Miranda (org.), 1980:57-59 (59). A respeito dessa postura liberal no início do século passado, cf. Melo Franco, 1960II: 1 Oss. Para uma fundamentação mais recente do constitucionalismo liberal, v. Hayek, 1983: esp. 205-29. Cf. também Rawls, 1990:22 lss. (tr. br., 1981:177ss.), definindo a justiça da Constituição como igual liberdade-participação. Crítico em relação ao conceito ("ideologia") liberal de Constituição, v. Müller, 1990b:16.3ss., enfatizando: "Uma Constituição não é 'Organização da liberdade'. [...] Em uma Constituição e seu Estado, coação e liberdade não são grandezas da mesma ordem, como tais levadas a uma síntese. [...] Liberdade como antítese *equivalente* é uma ilusão" (163). "Uma Constituição é organização do poder (Gewalt)" (168). Mas Müller visa aqui criticamente à concepção hegeliana do Estado como "a realidade da liberdade concreta" (Hegel, 1986:406 — § 260). A respeito ver também, em perspectiva marxista, a crítica de Mialle, 1980:165-67.

32. Schmitt, 1970:38-40 (tr. esp., 1970:43-46).

a limitação jurídica do poder estatal. Nesse sentido, os Estados autoritários e totalitários, na medida em que não realizam os *princípios* constitucionais, não possuem Constituição³³. Esse conceito de Constituição relaciona-se de forma indireta com a noção de constitucionalização que utilizaremos neste trabalho: considerando-se que a Constituição em sentido moderno surge apenas através da positivação do Direito³⁴, pode-se também afirmar que os Estados pré-modernos e também os Estados autoritários e totalitários contemporâneos não possuem Constituição. Porém, os modelos de interpretação distinguem-se. Um supõe a "declaração" de valores fundamentais essencialmente jurídicos ou a evolução da consciência moral³⁵, o outro enfatiza o problema da autonomia do sistema jurídico.

Aos conceitos "unilaterais" opõem-se as chamadas concepções "dialético-culturais" de Constituição, conforme as quais ela vai ser definida como síntese abrangente das três dimensões básicas referidas. A Constituição do Estado resultaria da relação recíproca entre *Dever-ser* constitucional ("ideal") e *ser* constitucional ("real"). Em Heller essa fórmula expressa-se através da dialética "normatividade/normalidade"³⁶, que leva a um conceito muito amplo "A Constituição estatal, assim nascida, forma um todo em que aparecem completando-se reciprocamente a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e a extrajurídica"³⁷. De acordo com essa conceitualização, na qual se aponta para a síntese de *ser* e *dever-ser* — em oposição tanto aos unilateralismos de Kelsen e Schmitt³⁸ como ao dualismo de Jelli-

33. Nessa orientação, cf., p. ex., Loevenstem, 1975:128s.

34. Como veremos adiante (v. sub item 1.3.2. deste capítulo), adotamos, estrategicamente, o modelo de positivação e positividade do Direito de Luhmann, no sentido de um Direito posto por decisão e permanentemente alterável, como também auto-referente.

35. Sobre a tese do desenvolvimento da consciência moral de um nível pré-convencional, passando pelo convencional, a uma moral pós-convencional ou universal (moderna), ver Habermas, 1983:127ss., Fodor, 1980. Cf. também Habermas, 1982b:350ss., 1982b:260ss., 1982a: 13ss. e 69ss

36. Cf. Heller, 1934:249ss. (tr. br., 1968:295ss.)

37. Heller, 1934 254 (tr. br., 1968:300s.)

38. Heller, 1934:259 e 276s. (tr. br., 1968:307 e 325s.). Sobre o conceito schmittiano (decisionista) de Constituição como 'decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política', isto é, decisão política fundamental, ver Schmitt, 1970:20ss. (tr. esp., 1970:23ss.). Crítico em relação ao "voluntarismo ju-

nek³⁹ —, as análises parciais do sistema constitucional pressupõem sua concepção integral. Portanto, a Constituição estatal normada juridicamente é compreendida como expressão parcial de um todo⁴⁰. Embora dever-ser ideal, apresenta-se também como "expressão das relações de poder tanto físicas como psíquicas"⁴¹.

Uma variante da concepção cultural-dialética de Constituição encontra-se em Smend. De acordo com esse modelo, o Estado é concebido como processo de integração⁴², sendo a Constituição conceituada como a sua ordem jurídica, isto é, "a normação de aspectos particulares desse processo"⁴³. Mas a Constituição em sentido estritamente jurídico constitui aqui — diferentemente das construções de Jellinek, Kelsen, Schmitt e Heller — não apenas uma estrutura de sentido normativa (ideal): "Como Direito positivo a Constituição não é somente norma, mas também realidade"⁴⁴. Disso resulta uma concepção dinâmica, conforme a qual o sistema constitucional "completa-se e transforma-se por jsi mesmo"⁴⁵, na medida em que a Constituição converte-se em vida política⁴⁶ e, com isso, exige interpretações divergentes das normas constitucionais⁴⁷.

Nas perspectivas dialético-culturais de Heller e Smend, o dever-ser constitucional é conceituado como conexão (ideal) de sentido, que, porém, é condicionada pelo ser (real) ou dele recebe o seu significado social. Uma diferença encontra-se, entre outras, no fato de que para Heller a Constituição no sentido estritamente jurídico constitui uma estrutura normativa (ideal), para Smend, ao contrário, a realidade política pertenc-

rido" subjacente a essa concepção, cf também Pontes de Miranda, 1932:26s.

39. Heller, 1934:259. A respeito, cf. Jellinek, 1976:10-12 e 20.

40. "Por essa razão, o preceito jurídico particular só pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, partindo da totalidade da Constituição política" (Heller, 1934:255-tr. br., 1968:302).

41. Heller, 1934:259s. (tr. br., 1968:307).

42. Cf. Smend, 1968:136ss. Quanto à influência da concepção de Smend sobre a mudança do significado de Constituição na República Federal da Alemanha, cf. Böckenförde, 1983:17ss.

43. Smend, 1968:189.

44. Smend, 1968:192.

45. Smend, 1968:191.

46. Smend, 1968:189. Stern (1984:73) enfatiza que em Smend dá-se "uma inclusão mais intensa do *processo político* no Direito constitucional".

47. Smend, 1968:190.

ce ao Direito Constitucional. Em ambas concepções, não se observa que o próprio dever-ser constitucional é suscetível de ser compreendido como parte da realidade, não se percebe ser possível e frutífero focar as normas constitucionais como expectativas estabilizadas de comportamento. De acordo com essa orientação, os procedimentos decisórios tanto constituintes como de concretização normativa dos textos constitucionais filtram as expectativas jurídico-normativas de comportamento, transformando-as em normas constitucionais vigentes. Não se trata de uma estrutura ideal de sentido em relação recíproca com a realidade social, mas sim de um subsistema normativo-jurídico, o qual, de um lado, tem uma relativa autonomia, de outro lado, encontra-se em permanente e variado inter-relacionamento com os sistemas sociais primariamente cognitivos, os outros sistemas primariamente normativos e, especialmente, com as outras partes do sistema jurídico.

1.3. A Constitucionalização

1.3.1. Constituição como Vínculo Estrutural entre Política e Direito

Ao emprego do termo "constitucionalização" subjaz a idéia de que nem toda ordem jurídico-política estatalmente organizada possui uma Constituição ou, mais precisamente, desenvolveu satisfatoriamente um sistema constitucional. O conceito de Constituição assume, então, um significado bem delimitado. Refere-se à Constituição em sentido moderno. Disso não resulta, porém, necessariamente, uma fundamentação axiológica nos termos do constitucionalismo. Ou seja, embora na acepção estritamente moderna a Constituição possa ser apreendida como "uma limitação jurídica ao governo", "a antítese do regime arbitrário" (constitucionalismo)⁴⁸, daí não decorre forçosamente que seja concebida como uma "declaração" de valores político-jurídicos pré-existentes, inerentes à pessoa humana, ou como produto da evolução da consciência moral no sentido de uma moral pós-convencional ou universal (cf. nota 35 deste cap.). É possível também uma leitura no sentido de que a Constituição na acepção moderna é fator e produto da diferenciação funcional entre sistemas político e jurídico. Nessa perspectiva, a constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação.

É de acordo com esse modelo que Luhmann vai definir a Constitui-

48. Melhvain, 1940:24.

ção como vínculo ("ligação", "acoplamento") estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre política e Direito." Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência)⁴⁹ entre dois sistemas sociais autônomos, a Política e o Direito, na medida em que ela "possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico"⁵⁰.

Não se trata de um relacionamento qualquer entre o Direito e o Poder, o que implicaria um conceito "histórico-universal" de Constituição. Nas sociedades pre-modernas e também nos Estados autoritários contemporâneos, a relação entre Poder e Direito é hierárquica, caracterizando-se pela supra-infra-ordenação "Poder -> Direito"⁵¹. Em linguagem da teoria dos sistemas, aponta-se para a subordinação explícita do código de diferença entre lícito ("jurídico") e ilícito ("antijurídico") ao código de diferença entre poder e não-poder, o código binário de preferência do Direito não atuaria como segundo código do sistema político⁵².

49. Luhmann, 1990a:193ss. O conceito de "vínculo (acoplamento, ligação) estrutural" (*strukturelle Kopplung*) ocupa um lugar central na teoria biológica dos sistemas autopoieticos de Maturana e Varela (cf. Maturana, 1982:143ss., 150ss., 251ss., 287ss.; idem e Varela, 1980:XXs., 1987:85ss.), à qual Luhmann explicitamente recorre na aplicação do mesmo aos sistemas sociais (cf. 1993:440ss., 1990a:204, nota 72; 1989a:6, nota 6). Sobre a teoria dos sistemas autopoieticos, ver *infra* cap. III. 1.

50. A respeito do conceito de interpenetração, ver Luhmann, 1987a:289ss., que a distingue das relações de prestação *Input/Output*-relações — 1987a:275ss.). A interpenetração significa que cada um dos sistemas, reciprocamente, põe sua própria complexidade à disposição do processo de autoconstituição do outro sistema (Luhmann, 1987a:290). Dela se distingue a "interferência" no sentido de Teubner (1989: esp. 110, 1988:55ss.), eis que, enquanto nesse caso (interferência) cada um dos sistemas põe à disposição do outro uma complexidade pré-ordenada, na interpenetração o sistema receptor tem à sua disposição uma "complexidade incompreensível, portanto, desordem" (Luhmann, 1987a:291).

51. Luhmann, 1990a:202.

52. Cf. Luhmann, 1981g:159s., 1987b:168ss.

53. Sobre código binário de preferência em geral, ver Luhmann, 1986a:75ss;

Através da Constituição como vínculo estrutural, as ingerências da política no Direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos e vice-versa são excluídas. A autonomia operacional de ambos sistemas é condição e resultado da existência dessa "acoplagem estrutural". Porém, por meio dela, cresce imensamente a possibilidade de influência recíproca⁵⁴ e condensam-se as "chances de aprendizado" (capacidade cognitiva) para os sistemas participantes⁵⁵. Assim sendo, a Constituição serve à interpenetração e interferência de dois sistemas autônomos. O que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, só se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas⁵⁶.

1.3.2. Constituição como Subsistema do Sistema Jurídico

Mas não só como vínculo estrutural entre Política e Direito pode ser interpretada a Constituição numa perspectiva da teoria dos sistemas. É possível concebê-la, sob o ponto de vista político-sociológico, como um instituto específico do próprio sistema político⁵⁷. Mas, para os fins a que nos propomos, a análise do significado da constitucionalização simbólica⁵⁸, apresenta-se estrategicamente oportuno o conceito de Constituição como subsistema do sistema jurídico (Direito Constitucional)⁵⁹.

Nessa perspectiva, a norma constitucional, como um caso particular de norma jurídica, representa um tipo de expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada, e não é compreendida como dever-ser

especificamente quando ao sistema jurídico, idem, 1986b.,1993:165ss. Embora o poder desenvolva-se primariamente com base no código "superioridade/inferioridade", observa-se que, no "listado de Direito", a diferença entre lícito e ilícito (o Direito) atua, na perspectiva de observação do sistema político, como segundo código do poder (Luhmann, 1986b:199, 1988a:34, 48ss., 56).

54. Luhmann, 1990a:205.

55. Luhmann, 1990a:206.

56. Luhmann, 1981g:165.

57. A respeito, ver Luhmann, 1973b.

58. "O que é Constituição." A direção em que essa questão deve ser orientada depende do problema que deve ser resolvido com o conceito a ser obtido" (Hesse, 1980:3).

59. Nesse sentido, ver Neves, 1992:50ss., de onde retiramos em linhas gerais os elementos da exposição que se segue. Reconhecendo essa possibilidade.

ideal⁶⁰. Isso não implica forçosamente o conceito de Constituição como ordem fundamental da coletividade⁶¹, o qual pressupõe "que também em nossa sociedade estruturas 'constituintes' possam tomar a forma de expectativas normativas de comportamento"⁶². Porém, se a Constituição sob um ponto de vista sistêmico-teórico pode ser conceituada como subsistema do Direito, então não se exclui uma leitura das normas constitucionais como expectativas de comportamento congruentemente estabilizadas (ver nota 241 do cap. I). Nesse sentido, a vigência das normas constitucionais não decorre simplesmente do procedimento constituinte e da reforma constitucional como processos de filtragem especificamente orientados para tal fim, mas também da concretização constitucional como pluralidade de processos de filtragem. Por conseguinte, a Constituição não se define apenas sob o aspecto estrutural (expectativas, normas), mas simultaneamente sob o ponto de vista operativo: ela inclui as *comunicações* que, de um lado, fundamentam-se nas expectativas constitucionais vigentes e, de outro lado, servem de base às mesmas.

Considerada a Constituição como subsistema do Direito positivo, são levantadas as seguintes questões: 1) Qual o significado da Constituição (moderna) para o sistema jurídico, ou mais especificamente, para a positividade do Direito? 2) Que função social preenche o Direito Constitucional positivo? 3) Como o subsistema constitucional põe o Direito positivo em relação com as exigências dos outros sistemas sociais? Essas três questões nos põem diante, respectivamente, dos problemas de "reflexão", "função" e "prestação" do sistema jurídico a nível constitucional⁶³.

cf Luhmann, 1990a:185ss.

60. Luhmann pondera que, embora numa perspectiva jurídico-sociológica (observação externa) a norma jurídica deva ser conceituada como fato, (expectativa de comportamento), sob o ponto de vista da teoria do Direito (auto-observação) normas não são deduzíveis de fato, interpretando isso como uma exigência lógica que teria decorrido da evolução da sociedade no sentido da diferenciação do sistema jurídico (1986c:21).

61. Nessa orientação, cf, p. ex., Hesse, 1980:11; Hollerbach, 1969:46; Böckenförde, 1983:16ss.

62. Luhmann, 1973b:2. "Conseqüentemente, o interesse na realidade constitucional cai numa perspectiva que indaga sobre comportamento conforme à norma ou desviante" (ibid.).

63. Sobre esses três modos de referência dos sistemas (função, prestação, re-

1.3.3. *Constituição como Mecanismo de Autonomia Operacional do Direito*

Partimos aqui, estrategicamente, do conceito luhmanniano de positividade ou positividade do Direito. Como característico da sociedade moderna, o fenômeno da positividade significa que o Direito se caracteriza por ser posto por decisões e permanentemente alterável⁶⁴. Além do mais, a positividade indica que o Direito é um sistema operacionalmente autodeterminado⁶⁵. Com isso relaciona-se a hipótese de que ao processo histórico da positividade corresponde o surgimento da Constituição no sentido moderno⁶⁶, isto é, a diferenciação interna do Direito Constitucional no sistema jurídico. Na medida em que as representações moral-legitimadoras válidas para todos os domínios da sociedade perderam sua significação e função sociais, evidentemente a vigência das decisões aplicadoras e ponentes de Direito não podiam mais fundamentar-se nelas. A positividade como o fato de o Direito autodeterminar-se implica a exclusão de qualquer supradeterminação direta (não-mediatizada por critérios intra-sistêmicos) do Direito por outros sistemas sociais: política, economia, ciência etc. De acordo com isso, a relação entre sistemas jurídico e político é horizontal-funcional, não mais vertical-hierárquica. Nesse novo contexto, sem os seus fundamentos políticos e morais globalizantes⁶⁷, o sistema jurídico precisa de critérios internos não apenas para a aplicação jurídica concreta, mas também para o estabelecimento de normas jurídicas gerais (legislação em sentido amplo). Esse papel é atribuído ao Direito Constitucional. Assim sendo, "a Constituição é a forma com a qual o sistema jurídico reage à própria autonomia. A Constituição deve, com outras palavras, substituir apoios externos, tais como

flexão), ver em geral Luhmann, 1982:54ss.; idem e Schorr, 1988:34ss. Especificamente em relação ao Direito e à Constituição, ver Neves, 1992:113ss. e 147ss., problematizando criticamente. Retornaremos a esse tema no Cap. HL

64. A respeito, ver Luhmann, 1981b, 1987a:190ss., 1983a:141-50; Neves, 1992: esp. 27-30.

65. Cf. Luhmann, 1988b, 1983b, 1985, 1981h; Neves, 1992:34ss.

66. De tal maneira que a "promulgação" (?) de Constituições é indicada como prova da realidade da positividade do Direito (Luhmann, 1984a:95s.).

67. Nessa perspectiva, a tese de Timasheff de que o Direito, como fenômeno secundário, é a combinação da ética e da política, como fenômenos primários (1937-1938:230s., 1936: esp. 143 e 155ss.), não é válida para o Direito moderno, embora tenha significação para as sociedades pré-modernas.

os que foram postulados pelo Direito natural"⁶⁸. A inexistência de Constituição juridicamente diferenciada conduz — na sociedade altamente complexa e contingente do mundo contemporâneo, não orientada por uma moral compartilhada globalmente e válida em todas as esferas da vida — à manipulação política arbitrária do Direito, o que impede sua positivação.

A uma legislação ilimitada, que tem como consequência a quebra da autopoiese do sistema jurídico, isto é, a alopoiese da reprodução da comunicação jurídica, opõe-se a forma *interna* de hierarquização através da validade supralegal do Direito Constitucional⁶⁹. Isso não tem apenas significação técnico-jurídica⁷⁰. Não se trata de vários planos isolados em relação a outros, mas sim de "*tangled hierarchies*"⁷¹: a validade e o sentido do Direito Constitucional depende da atividade legislativa e da aplicação concreta do Direito. A interna hierarquização 'Constituição/Lei' atua como condição da reprodução autopoietica do Direito moderno, serve, portanto, ao seu fechamento normativo, operacional⁷². Nesse sentido, enfatiza Luhmann que "a Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado através do reingresso no sistema"⁷³. Dessa maneira, qualquer intervenção legiferante do sistema político no Direito é mediatizada por normas jurídicas. O sistema jurídico ganha com isso *critérios* para a aplicação do código *lícito/ilícito* ao procedimento legislativo⁷⁴. Sob esse ângulo, pode-se afirmar que a positivação do Direito na sociedade moderna, além da distinção entre estabelecimento de norma geral (legislação) e aplicação concreta do Direito (jurisdição, administração), pressupõe a diferencia-

ção entre Constituição e lei. À luz do conceito de "mecanismos reflexivos"⁷⁵, é possível exprimir-se isso da seguinte forma: a Constituição como normatização de processos de produção normativa é imprescindível à positividade como autodeterminação operativa do Direito.

O Direito Constitucional funciona como limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado (-> abertura cognitiva) do Direito positivo; com outras palavras: a Constituição determina, como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional⁷⁶. A falta de uma regulação estritamente jurídica da capacidade de reciclagem do sistema jurídico conduz — em uma sociedade lüpercomplexa, com consequências muito problemáticas — a intervenções diretas (não-mediatizadas pelos próprios mecanismos sistêmicos) de outros sistemas sociais, sobretudo do político, no Direito. Porém, é de observar-se que o sistema constitucional também é capaz de reciclar-se em relação ao que ele mesmo prescreve. Esse caráter cognitivo do sistema constitucional expressa-se explicitamente através do procedimento específico de reforma constitucional, mas também se manifesta no decorrer do processo de concretização constitucional. Não se trata, por conseguinte, de uma hierarquização absoluta. Principalmente as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que numa abordagem técnico-jurídica constituem Direito infra-constitucional, determinam o sentido e condicionam a vigência das normas constitucionais⁷⁷. A circularidade é mantida, pelo menos na

75. A respeito, ver Luhmann, 1984a.

76. Em consonância com isso, escrevia Luhmann (1973b:165): "Distinguem-se o sentido e a função da Constituição pelo emprego de negações explícitas, negações de negações, demarcações, impedimentos; a Constituição mesma é, conforme sua compreensão formal, a negação da alterabilidade ilimitada do Direito". Parece simplista a crítica de Canotilho (1991:86s.), no sentido de que esse conceito formal negativo implica a "expulsão de elementos sociais" e seja, portanto, incompatível "com o texto constitucional de um Estado democrático socialmente orientado como é o português". Nada impede que a Constituição como mecanismo de limitação da alterabilidade do Direito adote elementos social-democráticos. Antes caberia observar que esse conceito de Constituição é incompatível com o sistema político do Salazarismo.

77. "Pode haver diferenças de influência, hierarquias, assimetriações, mas nenhuma parte do sistema pode controlar outras sem submeter-se, por sua vez, ao controle; e nessas circunstâncias é possível, antes altamente provável em sistemas orientados no sentido, que cada controle seja exercido em antecipação do

68. Luhmann, 1990a:187.

69. Luhmann, 1990a:190.

70. Em sentido diverso, ver Luhmann, 1973b:1.

71. Um conceito de Hofstadter (1986:12 e 728ss.) empregado nesse contexto por Luhmann (1986c:15s.). Cf. também Teubner, 1989: 9.

72. Sobre o Direito positivo como sistema cognitivamente aberto na medida em que é fechado operacional, normativamente, ver Luhmann, 1983b: esp. 139 e 152s., 1984b:110ss., 1993:38ss.; Neves, 1992:37-41. Retornaremos a esse tema no cap. m. 1.2.

73. Luhmann, 1990a:187.

74. Sobre a diferença entre códigos e critérios ou programas, cf. Luhmann, 1986a:82s. e 89ss.; em relação especificamente ao sistema jurídico, idem, 1986b:194ss., 1993:165ss. Retornaremos a essa distinção no Cap. m i.

"relação de mistura" entre criação e aplicação do Direito⁷⁸.

De acordo com o enfoque da teoria dos sistemas, a Constituição desempenha uma função descarregante para o Direito positivo como subsistema da sociedade moderna, caracterizada pela supercomplexidade. Impede que o sistema jurídico seja bloqueado pelas mais diversas e contraditórias expectativas de comportamento que se desenvolvem no seu meio ambiente. Essa função descarregante é possível apenas através da adoção do "princípio da não-identificação"⁷⁹. Para a Constituição ele significa a não-identificação com concepções globais (*totais*) de caráter religioso, moral, filosófico ou ideológico⁸⁰. A identificação da Constituição com uma dessas concepções viria bloquear o sistema jurídico, de tal maneira que ele não poderia produzir uma complexidade interna adequada ao seu hipercomplexo meio ambiente. Uma Constituição identificada com "visões de mundo" totalizadoras (e, portanto, excludentes) só sob as condições de uma sociedade pré-moderna poderia funcionar de forma adequada ao seu meio ambiente. Nesse caso, o domínio de repre-

controle inverso" (Luhmann, 1987a:63; cf. em relação especificamente ao sistema jurídico, idem, 1981i:254s.).

78. Da teoria da "estrutura escalonada" do ordenamento jurídico formulada por Öhlinger (1975), uma variante da teoria pura do Direito, Luhmann faz uma leitura no sentido de que o escalonamento do sistema jurídico se refere apenas à "relação de mistura" entre criação e aplicação do Direito, para acrescentar: "Um passo além disso seria conceituar a relação de criação/aplicação do Direito a cada grau como circular, portanto, como auto-referencial. Então, a estrutura escalonada seria uma decomposição e hierarquização da auto-referência fundamental do Sistema" (Luhmann, 1983b:141, nota 26; cf. também idem, 1990b:11).

79. Empregamos aqui, à luz da perspectiva da teoria dos sistemas, o conceito de não-identificação (do Estado) de Krüger (1966:178-85), que Hollerbach (1969:52-57) adotou especificamente em relação à Constituição. Não desconhecemos que tal princípio desempenha um forte papel ideológico na discussão sobre "inimigos da Constituição". Mas, por outro lado, ele corresponde, na perspectiva axiológica de Habermas, ao princípio da indisponibilidade do Direito ou da imparcialidade do Estado de Direito (cf. Habermas, 1987a, 1992:583 ss.).

80. L. Hollerbach, 1969:52. Nesse sentido, embora apoiado em outros pressupostos teóricos, afirma Grimmer (1976:9): "As finalidades de grupos sociais ou partidos políticos e os desejos, interesses e necessidades de ação estatal que estão na base dessas finalidades não têm nenhuma validade geral imediata".

sentações morais com validade social globalizante pressupõe uma sociedade simples, pobre em possibilidades, na qual ainda não há, portanto, os elementos estruturais para a diferenciação (positivação) do sistema jurídico. Uma "Constituição-que-se-identifica" produz, nas condições contemporâneas de alta complexidade e contingência da sociedade, efeitos disfuncionais adiferenciantes para o Direito, na medida em que falta sintonização entre sistema jurídico subcomplexo e meio ambiente supercomplexo⁸¹. Nessa perspectiva, pode-se até mesmo acrescentar que uma "Constituição que se identifica" com concepções totalizadoras não se apresenta como Constituição no sentido estritamente moderno, na medida em que, em virtude da "identificação", não é Constituição juridicamente diferenciada, mas sim um conjunto de princípios constitutivos superiores, que tem a pretensão de valer diretamente para todos os domínios ou mecanismos sociais.

1.3.4. Função Social e Prestação Política c/a Constituição

Tendo em vista o "princípio da não-identificação", pode-se esclarecer qual a relação da Constituição moderna, enquanto subsistema do Direito, com a sociedade como um todo, ou seja, qual sua *função* em sentido estrito. Isso nos põe diante do problema da institucionalização dos direitos fundamentais e do estabelecimento constitucional do Estado e do bem-estar. Além do mais, aquele princípio possibilita esclarecer a relação específica do Direito constitucional com o sistema político, isto é, sua *prestação* política. Isso nos coloca perante o problema da eleição política e da "divisão" de poderes⁸².

81. Não desconhecemos que, embora "disfuncional" sob um ângulo especificamente jurídico, ela pode atuar "funcionalmente" em outros domínios sociais e para determinados interesses particularistas. Mas é juridicamente "disfuncional" no sentido de que é normativamente excludente, desconhecendo a diferenciação e a pluralidade contraditória das expectativas normativas existentes na sociedade.

82. A respeito da *função* (relação com a sociedade como sistema global) e da *prestação* (relação com os demais subsistemas da sociedade) do Direito, v. Luhmann, 1993:156ss. e especificamente ao nível da Constituição, Neves, 1992:147-181 (Cap. V), confrontando criticamente esses conceitos sistêmicos com o desenvolvimento constitucional brasileiro.

1.3.4.1. *Direitos Fundamentais (diferenciação da sociedade) e Estado de bem-estar (inclusão)*

Através da Institucionalização dos direitos fundamentais⁸³ a Constituição reconhece a supercomplexidade da sociedade, a dissolução de critérios socialmente globalizantes de orientação das expectativas, a inexistência de um sistema social supremo. Os Direitos fundamentais servem ao desenvolvimento de comunicações em diversos níveis diferenciados. Sua função relaciona-se com o "perigo da indiferenciação" (especialmente da "politização"), isto é, exprimindo-se positivamente, com a "manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação"⁸⁴. Mediante a institucionalização dos direitos constitucionais fundamentais, o direito positivo responde às exigências da sociedade moderna por diferenciação sistêmica. Assim sendo, na hipótese de "Constituição" identificada com concepções totalizadoras, por serem excluídos ou deturpados os direitos fundamentais, não se consideram a pluralidade e contingência das expectativas, produzindo-se, portanto, uma indiferenciação inadequada à complexidade da sociedade contemporânea⁸⁵. Em resumo,

83. O conceito de "institucionalização" tem aqui um sentido abrangente, incluindo as dimensões temporal, social e material, ou seja, normatização, consenso suposto e identificação generalizada de sentido: "Instituições são expectativas de comportamento generalizadas temporal, material e socialmente, e constituem, enquanto tais, a estrutura de sistemas sociais" (Luhmann, 1965:13, o qual, posteriormente, restringe o conceito à dimensão social, isto é, ao "consenso suposto" — cf. 1987b:64ss.). Por sua vez, em consonância com esse significado amplo, Mayhew (1968:19) aponta para três momentos imprescindíveis à institucionalização jurídica de um valor: (1) "uma inteqiretação do valor é juridicamente reforçada"; (2) "há uma maquinaria para invocar sanções contra violações" (organização jurídica); (3) "a maquinaria jurídica é sistematicamente invocada em casos de possível violação da norma" ("execução sistemática").

84. Luhmann, 1965:23-25.

85. Em harmonia com essa colocação parece-nos encontrar-se a crítica de Lefort (1981) às tendências totalitárias contrárias aos "droits de l'homme", na medida em que ele reconduz a institucionalização desses direitos à diferenciação (desintnncamento) de poder, lei e saber (1981:64 — tr. br., 1987:53). Mas também na postura crítica de Marx (1988:36lss.) com relação aos "direitos do homem" (Cem contraposição aos direitos do cidadão) como "direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta" (364), pode-se observar uma conexão com o problema da diferenciação funcional: "O homem não foi por isso libertado da religião, ele obteve a liberdade religiosa. Não foi libertado da

pode-se afirmar: através dos direitos fundamentais a Constituição Moderna, enquanto subsistema do Direito positivo, pretende responder às exigências do seu meio ambiente por livre desenvolvimento da comunicação (e da personalidade) conforme diversos códigos diferenciados.

A concepção corrente do Estado de bem-estar diz respeito à sua função compensatória, distributiva, para acentuar que um mínimo de realidade dos direitos fundamentais clássicos (liberal-democráticos) depende **3a** institucionalização dos "direitos fundamentais sociais"⁸⁶. Propondo um modelo interpretativo mais abrangente, Luhmann conceitua o Estado de bem-estar com base no princípio sociológico da *inclusão*⁸⁷. "O conceito de inclusão refere-se à fntegração de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade. Ele diz respeito, de um lado, ao *acesso*, de outro lado, à *dependência* da conduta individual a tais prestações. Na medida em que a inclusão é realizada, desaparecem os grupos que não, ou apenas marginalmente, participam da vida social"⁸⁸. A *contrario sensu*, pode-se designar como *exclusão* a manutenção persistente da marginalidade⁸⁹. Na sociedade moderna atual, isso significa que amplos setores da população dependem das prestações dos diversos sistemas funcionais, mas não têm *acesso* a elas (subintegração)⁹⁰.

propriedade, obteve a liberdade de propriedade. Não foi libertado do egoísmo da indústria, obteve a liberdade industrial" (1988:369). Marx fala, porém, de "decomposição do homem" (357).

86. Cf. Grimm, 1987b; Grimmer, 1976:1 lss.; Bonavides, 1972.

87. Cf. Luhmann, 1981j:25ss., recorrendo aqui (25) expressamente a Marshall (1976).

88. Luhmann, 1981j:25. Acompanhando Parsons, acentuam Luhmann e Schorr (1988:31) que a inclusão se refere apenas aos papéis complementares: "Nem todos podem tornar-se médico, mas qualquer um, paciente; nem todos podem tornar-se professor, mas qualquer um, aluno". Além do mais, o princípio da *inclusão* não nega que, "como sempre, as camadas superiores sejam distinguidas pela maior participação em bem todos domínios funcionais" (Luhmann, 1981j:26).

89. Cf. Luhmam, 1981 j:255., nota 12. Para uma reavaliação do problema da inclusão/exclusão na sociedade de hoje, v. Luhmann, 1993:582ss.

90. A sobreintegração seria, em contrapartida, a *independência* com respeito às regras combinada com o *acesso* às prestações de cada um dos subsistemas da sociedade. A respeito, cf. Neves, 1992:78s. e 94s. Retomaremos ao tema no

Definindo-se o Estado de bem-estar como "inclusão política realizada"⁹¹ e, porque Estado de *Direito*, como inclusão jurídica realizada, observa-se que os "direitos fundamentais sociais" por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política⁹². Isso decorre do fato de que a *inclusão* de toda a população nos diversos sistemas sociais e a *diferenciação funcional* da sociedade pressupõem-se reciprocamente, na medida em que a *exclusão* de grupos sociais e a *auto-referência* operacional dos sistemas funcionais são incompatíveis⁹³. Nessa perspectiva pode-se afirmar que, na sociedade super-complexa de hoje, fundada em expectativas e interesses os mais diferenciados e contraditórios, o Direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à participação política.

1.3.4.2. Regulação Jurídico-Constitucional do Procedimento Eleitoral

Muito embora a institucionalização dos direitos fundamentais abrangia o direito eleitoral⁹⁴ e, portanto, possa ser definida como *função* do sistema jurídico, é possível, sob outro ângulo, considerar a regulação constitucional do *procedimento* eleitoral como *prestação* do Direito perante o sistema político⁹⁵.

As disposições constitucionais referentes ao sufrágio universal, igual e secreto têm por objetivo assegurar a independência do eleitor em relação a seus outros papéis sociais⁹⁶ e, dessa maneira, imunizar o procedi-

Cap. III. 6.

91. Luhmann, 1981j:27. "Para o Estado de bem-estar a inclusão política da população é uma necessidade funcional..." (idem, 1981j:18).

92. É nesse sentido que o conceito de cidadania de Marshall (1976:71ss.) abrange os direitos civis, políticos e sociais. Acompanhando Marshall, cf. Bendix, 1969:92ss.

93. Luhmann, 1981j: esp. 26s., 35 e 118.

94. Cf. Luhmann, 1965:186ss.

95. Cf. Luhmann, 1983a:i55ss.

96. Luhmann, 1983a:159.

nimento eleitoral contra diferenças de *status* e opinião⁹⁷. Isso implicaria, segundo Luhmann, a passagem de critérios baseados em atributos (estáticos) para critérios fundados na aptidão e desempenho (dinâmicos), no que se refere à ocupação dos papéis políticos⁹⁸. É de se observar, porém, que uma interpretação muito estrita da sociedade moderna no sentido da prevalência do princípio da seleção e recrutamento baseados na aptidão, como se a democracia conduzisse à eleição dos melhores, não resiste evidentemente a uma crítica de modelos ideológicos⁹⁹. Antes, a eleição democrática atua como apoio descarregante para o sistema político, na medida em que esse "assume a responsabilidade integral pelo Direito" na sociedade moderna¹⁰⁰. A "generalização do apoio político" que decorre do procedimento eleitoral constitucionalmente regulado serve, por conseguinte, à diferenciação do sistema político, funcionando como empecilho à sua manipulação por interesses particularistas¹⁰¹. Sem eleições democráticas ou um equivalente funcional parece impossível, na sociedade complexa de hoje, que os sistemas político e jurídico não se identifiquem excludentemente com concepções ideológicas globalizantes e interesses de grupos privilegiados. A falta de eleições democráticas conduz, nas condições atuais, à identificação do "Estado" com determinados grupos¹⁰² e, com isso, à indiferenciação do sistema jurídico, inadequada à complexidade da conexão de comunicações, expectati-

97. "Todas as diferenças podem ou devem ser ignoradas, salvo aquelas que em um contexto funcional específico possam ser justificadas como convenientes" (Luhmann, 1983a:160).

98. Luhmann, 1983a:156-58.

99. Cf. Rubinstein, 1988: 539s., no contexto de uma crítica à concepção do *achievement* como base e esquema de distribuição de recompensas na sociedade moderna (531).

100. Luhmann, 1981b:147.

101. Com isso não se desconhece que a "generalização do apoio político" é incompatível com o mandato imperativo (Luhmann, 1981a:165, nota 19), o qual, embora um mecanismo pré-moderno (uma "figura medieval" — Lamounier, 1981:253), teve um respaldo importante na obra iluminista de Rousseau (1975:301-303 — Livro III, Cap. XV).

102. Daí porque o ordenamento que não dispõe de regulação democrática da eleição exige "que o cidadão se identifique em suas comunicações com o sistema de ação (e não porventura apenas com uma ordem normativa básica: a Constituição), portanto, que se apresente como inteiramente leal" (Luhmann, 1965:149).

vas e interesses constitutivos da sociedade.

Evidentemente, para que a eleição atue como mecanismo de apoio generalizado e de diferenciação do sistema político, imunizando-o dos bloqueios particularistas, não é suficiente a existência de um texto constitucional que preveja o procedimento respectivo. Através da experiência dos países periféricos, demonstra-se, muito claramente, até que ponto por falta de pressupostos sociais as normas constitucionais sobre procedimento eleitoral são deformadas em seu processo de concretização, como ocorre tipicamente no caso brasileiro¹⁰³⁻¹.

1.3.4.3. "Divisão" de Poderes e Diferença entre Política e Administração

Também especificamente contra a possibilidade de indiferenciação do Direito e da Política, as constituições modernas institucionalizam a "divisão de poderes". A influência da comunicação conforme o código do poder sobre a comunicação de acordo com o código jurídico é, dessa maneira, intermediada pelo próprio Direito. Luhmann acrescenta: "Através da divisão de poderes o código do poder é, em princípio, associado ao Direito. Processos decisórios são conduzidos pela via do Direito"¹⁰⁴. Assim sendo, a "divisão de poderes" pode ser considerada como limitação do poder político por uma esfera jurídica autônoma¹⁰⁵. Porém, cumpre também "a função de filtragem entre política e administração, e a função de prolongamento da cadeia do poder, que, do mesmo modo, não podem prescindir de um apoio na Constituição"¹⁰⁶. Nessa perspectiva, a introdução de procedimentos funcionalmente diferenciados (legislativo, judiciário e político-administrativo), através da institucionalização da "divisão de poderes", aumenta a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder às exigências do seu respectivo meio ambiente, repleto de expectativas as mais diversas e contraditórias¹⁰⁷. A ausência ou deformação do princípio da "divisão de poderes" leva à indiferenciação das esferas de vida (politização totalizadora) e tem-se de-

103. A respeito, ver Neves, 1992:97s. e 170ss.

104. Luhmann, 1973b: 11.

105. Essa é a concepção corrente, que remonta a Montesquieu (1733:168-79 — Livro XI, Cap. VI).

106. Luhmann, 1973b:lis.

107. A respeito, ver Luhmann, 1983a.

monstrado incompatível com a complexidade da sociedade atual.

Como corolário da "divisão do poderes", o Direito Constitucional estabelece a diferença entre política e administração¹⁰⁸. Através dessa prestação do Direito positivo perante o sistema político, a administração é neutralizada ou imunizada contra interesses concretos e particulares; ela atua, então, conforme preceitos e princípios com pretensão de generalidade¹⁰⁹. Com isso não se exclui que as camadas superiores da sociedade exercem uma influência mais forte na elaboração e execução do programa administrativo, mas se afirma que o sistema político (em sentido amplo) dispõe de mecanismos próprios de filtragem diante da atuação de fatores externos. Nesse sentido, os funcionários administrativos precisam, "não raramente, impor-se contra membros da sociedade pertencentes a categorias superiores e necessitam, por isso, de direitos especialmente legitimados para decidir vinculatoriamente"¹¹⁰. Em conexão com essa exigência, decorre que, num sistema político que diferencia e especifica funcionalmente os seus subsistemas, à administração executante não devem ser atribuídas simultaneamente funções de legitimação política, busca do consenso e controle das desilusões, porque tal mescla de funções importa-lhe uma sobrecarga de efeitos colaterais que dificultam a sua racionalização e eficiência¹¹¹. Quando se dá o contrário, como se observa nos países periféricos, ocorre a particularização e politização da administração, com os seus condicionamentos e implicações negativos: partindo-se de "baixo" (subintegrados), a administração é envolvida com necessidades básicas concretas das camadas inferiores, que, sob essas condições, "não podem esperar"¹¹² e, portanto, são facilmente manipuláveis por concessões administrativas contrárias aos princípios constitucionais da impessoalidade, legalidade e moralidade administrativa¹¹³; partindo-se de "cima" (sobreintegrados), a administração é blo-

108. Cf. Luhmann, 1973b:8-12, relevando o valor dessa diferença em face do próprio princípio clássico da "divisão de poderes".

109. Nessa orientação sustenta Luhmann (1965:155) que a diferença entre política e administração possibilita "a aplicação prática da norma de igualdade".

110. Luhmann, 1965:147.

111. Luhmann, 1983a:211.

112. "As necessidades básicas devem ser, em todo caso, satisfeitas, para que qualquer pessoa possa esperar" (Luhmann, 1983a: 198).

113. Em outra perspectiva, conforme o modelo "antes — depois" da teoria da modernização, escrevia Luhmann, (1983a:65. nota 10): "...fatos que em socie-

quecada por interesses particularistas de grupos privilegiados.

2. Texto Constitucional e Realidade Constitucional

2.1. A Relação entre Texto e Realidade Constitucional como Concretização de Normas Constitucionais

O conceito de Constituição sistêmico-teorético que adotamos acima estrategicamente, vinculado à noção moderna de "constitucionalização", pode ser complementado mediante a abordagem da relação entre texto e realidade constitucionais. Não se trata, aqui, da antiga dicotomia 'norma/realidade constitucional"', mas sim do problema referente à "con-

dades complexas, fortemente diferenciadas, são considerados corrupção em sentido amplo, correspondem em sociedades *simples*, ao contrário, à expectativa moral, sendo diretamente exigidos — deve-se ajudar o próximo! Isso ensinaram-nos investigações mais recentes sobre os *países em desenvolvimento*, os quais, nessa questão, encontram-se *mima fase de transição* com conflito institucional" (gritos nossos). No caso investigado, não se trata, porém, de um problema de sociedades simples em "fase de transição" ("países em desenvolvimento"). Ele resulta, ao contrário, da "heterogeneidade estrutural" de sociedades complexas, modernas, os países periféricos, e pode ser melhor interpretado sistêmico-teoreticamente como sintoma de complexidade estruturada insuficiente ou inadequadamente (ver abaixo Cap. III.6.).

114. A teoria de Jellinek da força normativa do tático (1976: 337ss.) não se desliga dessa tradição. Hesse (1984) permanece, em parte, ainda vinculado a esse dualismo, na medida em que, no seu modelo, trata-se apenas da "relação da Constituição jurídica com a realidade" (8). A respeito, criticamente, cf. Müller, 1984:77-93. Ver também, sob outro ponto de vista, as ponderações de Ritter (1968) sobre a concepção da realidade constitucional como fonte do Direito. Luhmann critica, por sua vez, a discussão tradicional sobre a discrepância entre *texto* e realidade constitucionais, pois, "para isso, não se precisaria de nenhum conceito de Constituição e nenhuma teoria da Constituição" (1973b:2), o que, evidentemente, não é o caso no presente trabalho. Por fim, é de observar-se que, na perspectiva da teoria dos sistemas, a distinção entre *Direito* e realidade constitucionais só pode ser concebida como expressão jurídico-constitucional da diferença 'sistema/meio ambiente'

cretização" das normas constitucionais"', que, nessa perspectiva, não se confundem com o texto constitucional"'. Sob esse novo ponto de vista, o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização. Na teoria constitucional alemã, destacam-se nessa direção os modelos de Friedrich Müller e Peter Häberle.

De acordo com a concepção de Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados lingüísticos) e do âmbito normativo (dados reais)"'. A estrutura normativa resulta da conexão desses dois componentes da norma jurídica"'. Portanto, a *concretização* da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à "interpretação aplicadora" do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão'" e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo'"'; ela inclui, além do programa normativo, o "âmbito normativo como "o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual"'"'. Nesse sentido, Müller define a normatividade em duas dimensões: '•"Normatividade" significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (*normatividade materialmente determinada*)'"'. Se o âmbito normativo, que importa u-

115. A respeito, ver Müller, 1984, 1990a, 1990b, Christensen, 1989:87ss. Cf. também Hesse, 1980:24ss.

116. Cf. Müller, 1984: esp. 147-67 e 234-40, 1990a: 126ss., 1990b: esp. 20; Christensen, 1989:78ss.; Jeand'Heur, 1989: esp. 22s.

117. Müller, 1975:38s., 1984:232-34, 1990(b):2).

118. Müller, 1984: 17 e 250; cf. também idem, 1990b:124ss.; Christensen, 1989:87.

119. "Os problemas hermenêuticos complexos residem no espaço que o texto normativo deixa aberto às diversas possibilidades de compreensão" (Müller, 1984:160).

120. Müller, 1984:252. Formulando de forma mais radical, afirma Müller (1990b:20): "O *texto normativo* não é [...] componente conceitual da norma jurídica, mas sim, ao lado do *caso* a decidir juridicamente, o mais importante dado de entrada do processo individual de concretização". Cf. também ibid.: 127 e 129; Jeand'Heur, 1989:22.

121. Müller, 1984:253. Cf. idem, 1990b: 128.

122. Müller, 1984:258. Cf. também Christensen, 1989:87.

ma função seletiva perante os âmbitos da matéria e do caso¹²³, não se constitui de forma suficiente, a normatividade do respectivo texto constitucional é atingida¹²⁴. Faltam, então, as condições e os pressupostos para a "produção" da *norma jurídica* — "que rege mediatamente um caso determinado" — e, portanto, da *norma de decisão* — "imediatamente normativa, reguladora do caso determinado"¹²⁵. Nesse contexto não se fala de legislação e de atividade constituinte como procedimentos de produção de norma jurídica (geral), mas sim de emissão de texto legal ("Gesetzestextgebung") ou de emissão de texto constitucional ("Verfassungstextgebung")¹²⁶. A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização¹²⁷.

Com a perspectiva de Müller, "referente à matéria", compatibiliza-se a orientação de Häberle, "relativa a pessoas e grupos"¹²⁸. Através do ensaio "A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição"¹²⁹, Häberle, além de indagar os fins e métodos da interpretação constitucional, põe sobretudo a "questão dos *participantes*", para propor a tese: "Nos processos de interpretação da *Constituição*, estão potencialmente envolvidos *todos os* órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos"¹³⁰. O fato de que o Direito Constitucional "material", conforme esse modelo, surge de uma multiplicidade de interesses e funções, implica a diversidade prática de interpretação da Constituição¹³¹. Dessa maneira, não se superestima a significação do texto constitucional, como na doutrina tradicional da interpretação¹³². No primeiro plano

123. Cf. Müller, 1984:253-56, 1990b: 128; Christensen, 1989:88.

124. Cf. Müller, 1984:171.

125. Sobre a distinção entre norma jurídica (geral) e norma decisória (individual), ver Müller, 1984:264ss. Cf. idem, 1990a:48; Christensen, 1989:88.

126. Cf. Müller, 1984:264 e 270.

127. "A norma jurídica só é produzida no decurso da solução do caso" (Müller, 1984:273). Cf. Christensen, 1989:89. Nesse sentido, afirma Müller que o juiz não é "legislador de segundo grau", mas sim "o único legislador, mesmo que isso soe estranho" (Müller, 1990b:127, nota 16). Para uma explanação didática da concepção de Müller em língua portuguesa, ver a síntese de Canotilho, 1991:208ss. e 221ss.

128. Assim as qualifica Ladeur, 1985:384s.

129. Häberle, 1980b.

130. Häberle, 1980b:79s.

131. Häberle, 1980b:93s.

132. Häberle, 1980b:90.

do processo interpretativo encontra-se a "esfera pública pluralística"¹³³. De acordo com essa abordagem, pode-se afirmar: o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional.

2.2. Concretização Constitucional e Semiótica

As teorias constitucionais de Müller e Häberle são passíveis de uma abordagem de acordo com a distinção semiótica entre sintática, semântica e pragmática¹³⁴. Em Müller, trata-se das características semânticas da linguagem jurídica, especialmente da linguagem constitucional, a ambigüidade e a vagueza¹³⁵, que exigem um "processo de concretização", não simplesmente um "procedimento de aplicação" conforme regras de subsunção. No caso de Häberle, a questão diz respeito à relação pragmática da linguagem com diversos expectantes e "utentes". O que implica um discurso conflituoso e "ideológico". Os aspectos semânticos

133. "O jurista constitucional é apenas um intermediário" (Häberle, 1980b:90). Dessa maneira, Häberle deixa de considerar o papel seletivo que os participantes, em sentido estrito, do procedimento de interpretação da Constituição (cf. idem, 1980b:82s.) desempenham perante o público. Visto que a "esfera pública" não constitui uma unidade, mas sim uma pluralidade de interesses conflitantes, surgem expectativas constitucionais contraditórias, que serão, portanto, selecionadas ou excluídas no processo interpretativo da Constituição.

134. Essa divisão da semiótica em três dimensões, que remonta à distinção de Peirce entre signo, objeto e interpretante (cf. 1955:99s., 1985:149ss., 1977: esp. 28, 46, 63 e 74), foi formulada por Morris (1938:6ss.) e adotada por Carnap (1948:8-11). Diversas correntes da teoria do Direito empregaram-na; cf. p. ex., Schreiber, 1962:10-14; Viehweg, 1974:11 lss.; Ross, 1971:14-16; Kalinowski, 1971:77s., 82-93; Capella, 1968:22 e 76; Warat, 1972:44-48, 1984:39-48; Reale, 1968:173.

135. É verdade que isso é amplamente reconhecido; mas do incontestável são retiradas as mais diferentes conseqüências — cf., p. ex., Kelsen, 1960:348s. (tr. br., 1974:466s.); Smend, 1968:236; Ehrlich, 1967:295; Ross, 1971:111s., 130. Especificamente sobre a ambigüidade e vagueza da linguagem jurídica, ver Carrió, 1986:28ss.; Koch, 1977:41ss.; Warat, 1984:76-79, 1979:96-100. Em conexão com a função simbólica do Direito, ver também Edelman, 1967:139ss.

c pragmáticos relacionam-se, porém, mutuamente: a ambigüidade e vagueza da linguagem constitucional levam ao surgimento de expectativas normativas diferentes e contraditórias perante os textos normativos; por outro lado, as contradições de interesses e de opiniões entre expect antes e agentes constitucionais fortificam a variabilidade da significação do texto constitucional¹³⁰. Somente sob as condições de uma unidade de interesse e concepção do mundo, as questões constitucionais perderiam sua relevância semiântico-pragmática, para se tornarem primariamente questões sintáticas, orientadas pelas regras da dedução lógica e subsunção. Mas uma tal situação é seguramente incompatível com a complexidade da sociedade moderna, especialmente no que diz respeito aos conflitos.

Nessa perspectiva semiótica, justifica-se então a reação crítica da tópica (Viehweg), da hermenêutica normativa estruturante (Müller) e da interpretação constitucional pluralística (Häberle) à pretensão do positivismo jurídico de tratar os problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, primariamente sob seus aspectos sintáticos. "Modo de pensar situacional"¹³⁷, "processo de concretização" e "esfera pública pluralística" são fórmulas distintas de acentuar a equivocidade semiântica dos textos constitucionais e a pluralidade pragmática das expectativas constitucionais (dissenso valorativo ou "ideológico" na "comunidade" discursiva). Dessa maneira, em contraposição ao positivismo jurídico, a dimensão sintática fica subordinada à semiântico-pragmática¹³⁸. Observa-se que a operação lógico-sintática de subsunção pressupõe um complicado processo semiântico-pragmático de concretização

136. A respeito, afirma Edelman (1967:141): "Para os diretamente envolvidos, o sentido do Direito modifica-se constante e notavelmente com as variações na influência dos grupos".

137. Cf. Viehweg, 1974:11 lss. (tr. br., 1979:101ss.). Observe-se que para Viehweg o padrão semiântico de pensamento é não-situacional, na medida em que o significado das palavras estaria fixado para sempre (cf. 1974:114 — tr. br., 1979:103). Porém, pode-se distinguir entre modo de pensar *sintático-semiântico*, que implica uma significação univocamente fixada do signo (cf. idem, 1974:11 lss. — tr. br., 1979:101 s.), e modo de pensar semiântico-pragmático, que pressupõe a variabilidade do sentido dos termos e expressões.

138. Em conformidade com o estratualismo lingüístico, poder-se-ia afirmar: no tocante à linguagem constitucional, as relações paradigmáticas (associativas) têm predominância sobre as sintagmáticas (cf. Neves, 1988:150-52). Sobre essa distinção, cf. as referências da nota 17 do cap. I.

normativa¹³⁹.

Tudo isso implica que a linguagem jurídica, sobretudo a constitucional, não é uma linguagem artificial, mas sim um tipo especializado da linguagem ordinária ou natural¹⁴⁰, que, portanto, desenvolve-se basicamente a partir da situação semiântico-pragmática, variando intensamente de significado conforme a situação e o contexto comunicativos¹⁴¹. Assim sendo, é inconcebível um isolamento sintático, mediante a neutralização dos problemas semiânticos e pragmáticos, a favor da univocidade e da segurança de expectativa. Possível é, no entanto, a seletividade de concretização através de procedimentos e argumentos, que, porém, podem variar sensivelmente de caso para caso.

A propósito, é de observar-se que também numa perspectiva semiótica a supremacia normativa hierárquica da Constituição deve ser relati-

139. Cf. Christensen, 1989:88. Neves, 1988:136s.

140. Cf. Vissem Hooft, 1974; Carrió, 1986:49ss.; Greimas e Landowski, 1981:72s.; Olivecrona, 1968:7. De acordo com o modelo luhmanniano, pode-se sustentar que a especialização da linguagem ordinária relaciona-se com o desenvolvimento separado de mecanismos complementares para a linguagem, "na forma de meios de comunicação simbolicamente generalizados para cada domínio funcional" (ver Cap. I. 1.7), e, por isso, com a formação dos esquemas binários correspondentes; no caso do Direito, a especialização da linguagem resultaria do uso do código-diferença 'lícito/ilícito' exclusivamente em um sistema funcional para isso diferenciado (cf. Luhmann, 1974:62, onde, contudo, tal código-diferença é vinculado ao meio de comunicação 'Poder', não exatamente ao meio de comunicação 'Direito' — mas cf. acima nota 53 deste cap.).

141. É nesse sentido a célebre afirmativa de Wittgenstein (1960:211, § 43 — tr. br., 1979:28): "A significação de uma palavra é seu uso na linguagem". Cf. a respeito Müller, 1975:32-34, aplicando-a no domínio da teoria do Direito. Gadamer (1990:332s.), por sua vez, acentua que o jurista intérprete tem de reconhecer a mudança das relações e "de determinar novamente a função normativa da Lei", adaptando-a às necessidades do presente, a fim de "solucionar um problema prático". Pondera, porém, que, por isso mesmo, não se trata de "uma reinterpretação arbitrária". Na mesma linha e pressupondo também que a "linguagem não é nunca arbitrária", sustenta Wimmer (1989:14): "A mudança radical permanente é uma característica essencial de todas as linguagens naturais. Sem essa mudança, as linguagens perderiam sua função cognitiva e sua potência para a aquisição e assimilação da realidade". Cf. também Lorenz, 1978:40lss.; Pontes de Miranda, 1972:99; Vilanova, 1977:245; Alchourrón e Bulygin, 1974:140-44; Sábica, 1980:18s; Biscaretti di Ruffia, 1974:525-40.

vizada. A separação completa entre metalinguagem e linguagem-objeto¹⁴² tem sentido apenas no plano sintático. Na dimensão semântico-pragmática condicionam-se reciprocamente metalinguagem e linguagem-objeto. Por outro lado, embora o texto constitucional atue como metalinguagem em relação à "concretização constitucional", as decisões interpretativas da constituição representam metalinguagem com respeito ao texto constitucional (linguagem-objeto)¹⁴³. Se se tem presente a característica do texto constitucional de ser simultaneamente metalinguagem e linguagem-objeto com relação à linguagem concretizadora, então se pode, sob o ponto de vista semiótico, compreender mais claramente tanto a distinção entre norma e texto constitucional, como também a insustentabilidade da concepção tradicional da supremacia hierárquica da Constituição.

Em conformidade com uma leitura sistêmico-teórica desse enfoque semiótico-lingüístico, cabe afirmar que o procedimento constituinte é apenas um dos processos de filtragem para a vigência jurídica das expectativas normativo-constitucionais: as expectativas diversas e contraditórias em relação ao texto constitucional já posto são filtradas ou selecionadas através das decisões concretizadoras da Constituição: somente então se pode falar de normas constitucionais vigentes. — Caso se queira, sob esse ângulo, insistir na dicotomia Direito/realidade constitucional, ela significa aqui a diferença entre Direito constitucional *vigen-*

142. Sobre esse par de conceitos, ver Carnap, 1948:3s.; Barthes, 1964:130-32 (tr. br., s.d.: 96-99).

143. Cf. Neves, 1988:160-62. Porém, nesse trabalho anterior (162), a decisão interpretante da Constituição era caracterizada como metalinguagem "descritiva" com relação às *normas* constitucionais, em oposição ao caráter "prescritivo" destas com respeito à sua própria interpretação-aplicação. No presente trabalho trata-se, antes, da relação circular entre *texto* constitucional e sua própria interpretação, que também tem implicações normativas. Nesse sentido, afirma Luhmann (1990a:217) que "os componentes auto-referenciais realizam-se pelo fato de que também a interpretação tenta produzir vínculos normativos", não se restringindo apenas a falar sobre o texto. O "jurista constitucional" encontrar-se-ia, então, numa situação idêntica à do lingüista, que, ao falar sobre a linguagem, tem como seu objeto o seu próprio comportamento (ibid.). Cf. também Hofstadter, 1986:24s., crítico com relação à teoria dos tipos de Russell (1968: 75-80), na medida em que essa pretende eliminar "entrelaçamentos" e paradoxias no interior da linguagem, levando à hierarquização entre metalinguagem e linguagem-objeto.

te como *sistema* constitucional (complexo das expectativas normativas de comportamento filtradas através da legislação e concretização constitucionais, incluindo-se nele as respectivas comunicações) e *realidade* constitucional como *meio ambiente* da Constituição (totalidade das expectativas e comportamentos que se referem ao Direito Constitucional com base em outros códigos sistêmicos ou em determinações do "mundo da vida"). — Quanto maior é a complexidade social, tornam-se mais intensas as divergências entre as expectativas em torno do texto constitucional e varia mais amplamente o seu significado no âmbito da interpretação e aplicação. O que é válido para todos os textos normativos é particularmente relevante no domínio do Direito Constitucional, na medida em que ele é mais abrangente na dimensão social, material e temporal.

3. Constitucionalização Simbólica em Sentido Negativo: Insuficiente Concretização Normativo-jurídica Generalizada do Texto Constitucional

Da exposição sobre a relação entre texto constitucional e realidade constitucional, pode-se retirar um primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica, o seu sentido negativo: o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada. Parte-se aqui do pressuposto da *metódica* normativo-estruturante (Müller) de que "do texto normativo mesmo — ao contrário da opinião dominante — não resulta nenhuma normatividade"¹⁴⁴. Por outro lado, não fazemos uma distinção entre realização e concretização constitucionais¹⁴⁵. Tal distinção só teria sentido se não incluíssemos no processo concretizador todos os órgãos estatais, indivíduos e organizações privadas, restringindo-o à construção da norma jurídica e da norma de decisão pelos órgãos encarregados estritamente da "interpretação-aplicação" normativa. A concretização constitucional abrange, contudo, tanto os participantes diretos do procedimento de interpretação-aplicação da Constituição quanto o "público"¹⁴⁶. Nesse sentido, ela envolve o conceito de realização constitucional. Mas

144. Jeand'Heur, 1989:22.

145. Em sentido diverso, ver Canotilho, 1991:207-209.

146. Cf. Häberle, 1980b:82s., enumerando os participantes do procedimento de interpretação constitucional.

não se trata de um simples conceito sociológico, relevante apenas em uma perspectiva externa, tendo implicações internas, ou seja, do ponto de vista da auto-observação do sistema jurídico¹⁴⁷. E pode-se afirmar que a falta generalizada de concretização das normas constitucionais, como no caso da constitucionalização simbólica, pode significar a própria impossibilidade de uma distinção entre abordagens internas e externas¹⁴⁸.

O problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Ele ganha sua relevância específica, no âmbito da Constitucionalização simbólica, ao nível da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição (ver acima item 8.4 do cap. I). Ao texto constitucional falta, então, normatividade. Em linguagem da teoria dos sistemas, não lhe correspondem expectativas normativas congruientemente generalizadas (cf. nota 241 do cap. I). Nas palavras da metodologia normativo-estruturante, não há uma integração suficiente entre programa normativo (dados lingüísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais). Não estão presentes as condições para o processo seletivo de construção efetiva do âmbito normativo a partir dos âmbitos da matéria e do caso, com respaldo nos elementos lingüísticos contidos no programa normativo. O âmbito da matéria - "o conjunto de todos os dados empíricos [...] que estão relacionados com a norma"¹⁴⁹ - não se encontra estruturado de tal maneira que possibilite o seu enquadramento seletivo no âmbito normativo. Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, com caráter generalizado, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada.

Numa visão sistêmico-teórica, o âmbito da matéria (econômico, po-

147. Quanto à distinção entre perspectiva interna ou auto-observação e perspectiva externa ou hetero-observação, em relação, respectivamente, à teoria do Direito/dogmática-jurídica e à sociologia do Direito, ver Luhmann, 1989b, 1986c: esp. 19, 1987b:360s.; Carbonnier, 1978:22s.

148. Nesse sentido, cf. Neves, 1992:206s. e 210. Retomaremos a esse problema no Cap. **in**.

149. Christensen, 1989:88.

lítico, científico, religioso, moral etc), subordinado e orientado por outros códigos-diferença (ter/não-ter, poder/não-poder, verdadeiro/falso etc), sejam eles sistêmica mente estruturados ou envolvidos no "mundo da vida"¹⁵⁰, não estariam em condições de submeter-se a uma comutação seletiva por parte do código jurídico de diferença entre lícito e ilícito. Os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do meio ambiente. Ao contrário, no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do "mundo da vida", de tal maneira que, no plano constitucional, ao código "lícito/ilícito" sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais. Nessa perspectiva, mesmo se admitindo a diferença entre constitucional e inconstitucional como código autônomo no interior do sistema jurídico¹⁵¹, "o problema reside não apenas na constitucionalidade do Direito, ele reside, primeiramente, já na juridicidade da Constituição"¹⁵². Pode-se afirmar que a realidade constitucional, enquanto meio ambiente do Direito Constitucional, tem relevância "seletiva", ou melhor, destrutiva, em relação a esse sistema.

Numa leitura da concepção pluralística e "processual" da Constitui-

150. A noção de "mundo da vida" refere-se aqui à esfera das ações e vivências que não se encontram diferenciadas sistêmico-funcionalmente, implicando códigos de preferência difusos. Nesse sentido, a moral na acepção de Luhmann (1990c), como comunicação orientada pela diferença entre respeito e desprezo, estaria incluída no "mundo da vida". Não se trata da concepção habermasiana de "mundo da vida" como esfera do "agir comunicativo", orientado para o entendimento intersubjetivo, embora também concebamos o "mundo da vida" como espaço de agir (e vivenciar) não subordinado aos códigos-meio sistêmico-funcionais (cf. Habermas, 1982b:Hi71ss., apontando para a diferenciação entre sistema e mundo da vida como processo de evolução social — 229ss.; idem, 1973:9s). Por outro lado, não adotamos aqui o conceito luhmanniano de "mundo da vida" como soma e unidade de todas as possibilidades que se apresentam ao sistema (Luhmann, 1987a:106, cf. também 1988a:70s., onde se fala de "horizonte de possibilidades não-atualizadas", recorrendo-se a Husserl, 1982, o qual vai definir o "mundo da vida", em contraposição ao mundo das idealidades, antes como "fundamento-de-sentido esquecido da ciência natural" — 52ss.). Para tal referência, seria mais adequado o termo "mundo" simplesmente.

151. Cf. Luhmann, 1990a:188s.

152. Luhmann, 1992: 3.

ção, tal como a formulou Häberle¹⁵³, é possível afirmar que o problema da constitucionalização simbólica está vinculado à não-inclusão de uma "esfera pública" pluralista no processo de concretização constitucional. Mas não apenas: além da ausência de um "público pluralista" como participante (em sentido lato) do processo de concretização constitucional, as disposições constitucionais não são relevantes para os órgãos estatais vinculados estritamente à sua interpretação-aplicação. Nesse sentido, não tem validade, no domínio da constitucionalização simbólica, a afirmativa de Hesse, baseado na experiência constitucional da (antiga) Alemanha Ocidental: "Na relação entre União e Estados-Membros (Länder), na relação dos órgãos estatais entre si como em suas funções, a argumentação e discussão jurídico-constitucional desempenham um papel dominante"¹⁵⁴. Nas situações de constitucionalismo simbólico, ao contrário, a prática dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de "socavar" a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente¹⁵⁵. Dessa maneira, ao texto constitucional incluído contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do "público", não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material.

4. Constitucionalização Simbólica em Sentido Positivo: Função Político-Ideológica da Atividade Constituinte e do Texto Constitucional

Embora sob o ponto de vista jurídico, a constitucionalização simbólica seja caracterizada negativamente pela ausência de concretização normativa do texto constitucional, ela também tem um sentido positivo, na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico. Nesse sentido, ela exige um tratamento diferenciado das abordagens tradicionais referentes

153. Além do artigo já citado no item 2.1 deste Cap. (Häberle, 1980b), ver, a respeito, os outros trabalhos publicados na mesma publicação — Häberle, 1980a.

154. Hesse, 1984:15.

155. Aqui nos reportamos a Grimm, 1989:637, que distingue, numa linguagem muito singular, entre "realidade constitucional socavante da Constituição" e "realidade constitucional violadora da Constituição".

à "ineficácia" ou "não-realização" das normas constitucionais.

~ Aqui não se desconhece que também as constituições "normativas" desempenham função simbólica, como bem enfatizaram Burdeau e Edelman, amparados, respectivamente, na experiência constitucional europeia e norte-americana¹⁵⁶; tampouco que a distinção entre "Constituição normativa" e "Constituição simbólica" é relativa, tratando-se "antes de dois pontos extremos de uma escala do que de uma dicotomia"¹⁵⁷. Porém, a função simbólica das "Constituições normativas" está vinculada à sua relevância jurídico-instrumental, isto é, a um amplo grau de concretização normativa generalizada das disposições constitucionais. Além de servir de expressão simbólica da "consistência", "liberdade", "igualdade", "participação" etc. como elementos caracterizadores da ordem política fundada na Constituição, é inegável que as "constituições normativas" implicam juridicamente um grau elevado de direção da conduta em interferência intersubjetiva e de orientação das expectativas de comportamento. Às respectivas disposições constitucionais correspondem, numa amplitude maior ou menor, mas sempre de forma socialmente relevante, "expectativas normativas congruentemente generalizadas" (ver nota 241 do Cap. I). O "simbólico" e o "instrumental" interagem reciprocamente para possibilitar a concretização das normas constitucionais. A Constituição funciona realmente como instância reflexiva de um sistema jurídico vigente e eficaz.

Já no caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional. Assim como já afirmamos em relação à legislação simbólica (cf. item 6 do Cap. 1), o elemento de distinção é também a hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais. Portanto, o sentido positivo da constitucionalização simbólica está vinculado à sua característica negativa, já considerada no item anterior¹⁵⁸. Sua definição engloba esses

156. Cf. Edelman, 1967:18s.; Burdeau, 1962:398, tratando da "dissolução do conceito de Constituição". Ver também, analisando a função simbólica da retórica das decisões do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha, Mas-sing, 1989.

157. Bryde, 1982:27.

158. Nesse sentido, afirma Villegas (1991:12) com relação à experiência •constitucional colombiana: "A eficácia simbólica do direito constitucional na Colômbia costuma apresentar-se combinada com uma ineficácia instrumental,

dois momentos: de um lado, sua função não é direcionar as condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais; mas, por outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos concretos, 'isso pode ser a reverência retórica diante de determinados valores (democracia, paz). Pode tratar-se também de propaganda perante o estrangeiro'¹⁵⁹.

Nós nos encontramos aqui na esfera do ideológico no sentido de Habermas: "O que chamamos ideologia são exatamente as ilusões dotadas do poder das convicções comuns"¹⁶⁰. Não se trata de ideologia no sentido de Luhmann, que — como neutralização artificial de outras possibilidades¹⁶¹ ou valorização de valores (mecanismo reflexivo)¹⁶² — estaria a serviço da redução funcionalmente adequada da complexidade da sociedade contemporânea¹⁶³; nos termos do conceito luhmanniano de ideologia, seria de afirmar-se, em relação ao caso por nós analisado, que estaríamos diante da atuação unilateral dos aspectos "simbólicos" da ideologia, isto é, perante a falta de sua correspondente "função instrumental"¹⁶⁴. Por outro lado, no presente trabalho a ideologia não é compreendida como deformação de uma verdade essencial, de modo nenhum como uma representação falsa do que "não não é"¹⁶⁵. Em caso de

ou o que é igual, com um fracasso na realização de seus objetivos explícitos". Mas esse autor generaliza indistintamente a noção de eficácia simbólica da Constituição nos termos da concepção "clássica" de política simbólica (v. acima Cap. 1. 3): "O poder da Constituição — de todas as constituições — é fundamentalmente simbólico e não jurídico" (idem, 1991:8). Subestima-se, assim, a relevância regulativo-jurídica das "Constituições normativas".

¹⁵⁹. Bryde, 1982:28, que cita a afirmação de um oficial superior de Bangladesh, antes das eleições de janeiro de 1979: "O Ocidente, e especialmente o Congresso dos EUA, gosta de que sejamos denominados de uma democracia. Isso torna para nós mais fácil receber ajuda" (ibid., nota 6).

¹⁶⁰. Habermas, 1987b:246 (tr. br., 1980:115).

¹⁶¹. Luhmann, 1962.

¹⁶². Luhmann, 1984c:182ss.

¹⁶³. "Direito positivo e ideologia adquirem nos sistemas sociais uma função para a redução da complexidade do sistema e de seu meio ambiente" (Luhmann, 1984c: 179).

¹⁶⁴. Cf. Luhmann, 1984c: 183.

¹⁶⁵. Luhmann, 1962: *passim*, criticando tal concepção ontológica de ideologia, da qual faz parte a noção marxista de ideologia como "falsa consciência" (cf., p. ex., Marx e Engels, 1990: esp. 26s., Engels, 1985:108s., 1986a: esp. 563,

constitucionalização simbólica, *p* problema ideológico consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade. Ou o figurino constitucional atua como *ideal*, que através dos "donos do poder" e sem prejuízo para os grupos privilegiados deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a fórmula retórica da boa intenção do legislador constituinte e dos governantes em geral"¹⁶⁶.

O "Constitucionalismo aparente"¹⁶⁷ implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional¹⁶⁸, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais¹⁶⁹, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional¹⁷⁰. Ao discurso do poder pertence, então, a invocação permanente do documento constitucional como estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), da "divisão" de poderes e da eleição demo-

1986b:596). Um panorama das concepções de ideologia dominantes na tradição filosófica e científica ocidental encontra-se em Letik (org.), 1972. A respeito, ver também a síntese de Topitsch, 1959. Quanto à relação entre Direito e ideologia, ver, sob diversos pontos de vista, Maihofer (org.), 1969.

¹⁶⁶. "É ingênuo acreditar que bastaria o legislador ordenar, então ocorreria o *querido*" (Schmdler, 1967:66 — grifo nosso). Mas, sob determinadas condições sociais, também é ingenuidade acreditar, como Schindler (1967:67), em *boas intenções* do legislador.

¹⁶⁷. Grimm, 1989:634.

¹⁶⁸. Como já observamos acima (Cap. I. 7.3.), daí não decorre a concepção simplista do legislador constitucional e do público, respectivamente, como usuário e iludido.

¹⁶⁹. Cf. Bryde, 1982:28s.

¹⁷⁰. Cabe advertir, porém, que mesmo as "Constituições normativas" não podem solucionar *diretamente* os problemas sociais (cf. acima p. 39). Nesse sentido, enfatiza Grimm (1989:638) que elas "não podem modificar diretamente a realidade, mas sim apenas indiretamente influenciar". Considera-se, então, a autonomia dos diversos domínios funcionais no Estado Constitucional (641). Cf. também idem (org.), 1990.

crática, e o recurso retórico a essas instituições como conquistas do Estado-Governo c provas da existência da democracia no país¹⁷¹. A fórmula ideologicamente carregada "sociedade democrática" é utilizada pelos govenantes (em sentido amplo) com "constituições simbólicas" tão regularmente como pelos seus colegas *sob* "constituições normativas", supondo-se que se trata da mesma realidade constitucional. Daí decorre uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que, se, por um lado, diminui a tensão social c obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Nesse sentido, a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem os seus limites, podendo inverter-se, contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista (cf. item 10 deste Cap).

A constitucionalização simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Enquanto na legislação simbólica o problema se restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional. Isso porque a Constituição, enquanto instância reflexiva fundamental do sistema jurídico (ver item 1.3.3 desse Cap.), apresenta-se como metalinguagem normativa em relação a todas as normas infraconstitucionais, representa o processo mais abrangente de normalização no interior do Direito positivo. Caso não seja construída normatividade constitucional suficiente durante o processo de concretização, de tal maneira que ao texto constitucional não corresponda estrutura normativa como conexão entre programa e âmbito normativos, a legislação ordinária como linguagem-objeto fica prejudicada em sua normatividade. Como veremos no Cap. III, o próprio processo de reprodução operacional-normativa do Direito é globalmente bloqueado nos casos de constitucionalização simbólica.

Também não se confunde o problema da constitucionalização simbólica com a ineficácia de alguns dispositivos específicos do diploma constitucional, mesmo que, nesse caso, a ausência de concretização

171. "Hoje, no mundo inteiro, não deve haver ainda quase nenhum Estado que não dê valor a ser qualificado de democracia e, como tal, reconhecido internacionalmente" (Krüger, 1968:23).

normativa esteja relacionada com a função simbólica. É sempre possível a existência de disposições constitucionais com efeito simplesmente simbólico, sem que daí decorra o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas mestras. Falamos de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e texto constitucionais atinge as vigas mestras do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas — os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a "separação" de poderes e a eleição democrática não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativas da população. Mas c sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, que implica a generalização do código 'lícito/ilícito', ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico¹⁷², que se caracterizará de forma mais clara a constitucionalização simbólica. Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do Direito que decorreria do princípio da igualdade, proclamado simbólico-ideologicamente na Constituição, a realidade constitucional é então particularista, inclusive no que concerne à prática dos órgãos estatais. Ao texto constitucional simbolicamente incluyente contrapõe-se a realidade constitucional excludente. Os direitos fundamentais, a "separação de poderes", a eleição democrática e a igualdade perante a lei, institutos previstos abrangentemente na linguagem constitucional, são deturpados na práxis do processo concretizador, principalmente com respeito à generalização, na medida em que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica etc. Nesse contexto só caberia falar de normatividade restrita e, portanto, excludente, particularista, em suma, contrária à normatividade generalizada e incluyente proclamada no texto constitucional. Mas as "instituições jurídicas" consagradas no texto constitucional permanecem relevantes como referências simbólicas do discurso do poder.

Por fim, quero advertir que não se confunde aqui o simbólico com o ideológico. Inegavelmente, o simbólico da legislação pode ter um papel relevante na tomada de consciência e, portanto, efeitos "emancipató-

172. "O princípio da igualdade não diz que todo o mundo deve ter os mesmos direitos (em tal caso tomar-se-ia inconcebível o caráter do direito como direito), mas que a ordem jurídica de uma sociedade diferenciada deve ser generalizada de acordo com determinadas exigências estruturais" (Luhmann, 1965: 165). Especificamente a respeito do "princípio da igualdade como forma e como norma", v. idem, 1991a.

rios". Leforí aponta para a relevância das declarações "legais" dos "direitos do homem" no Estado de Direito democrático, cuja função simbólica teria contribuído para a conquista e ampliação desses direitos¹⁷³. Mas no caso da constitucionalização simbólica, principalmente enquanto constitucionalização-álibi, ocorre antes uma interseção entre simbólico e ideológico do que um processo crítico de conscientização dos direitos, na medida mesmo em que se imuniza o sistema político contra outras possibilidades e transfere-se a solução dos problemas para um futuro remoto.

5. Tipos de Constitucionalização Simbólica. Constituição como Álibi

Partindo-se da tipologia da legislação simbólica já tratada acima (Cap. 1. 7), poder-se-ia classificar também a constitucionalização simbólica em três formas básicas de manifestação: 1) a constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; 2) a constituição como fórmula de compromisso dilatatório; 3) a constitucionalização-álibi.

No primeiro caso teríamos os dispositivos constitucionais que, sem relevância normativo-jurídica, confirmam as crenças e *modus vivendi* de determinados grupos, como seria o caso da afirmação de princípios de "autenticidade" e "negritude" nos países africanos após a independência, a que se refere Bryde¹⁷⁴. Mas aqui não se trata exatamente do problema abrangente do comprometimento das instituições constitucionais básicas, ou seja, do bloqueio na concretização das normas constitucionais concernentes aos direitos fundamentais, "divisão de poderes", eleições democráticas e igualdade perante a lei. Constituem simbolismos específicos, muitas vezes vinculados a textos constitucionais autocráticos, de tal maneira que não cabe, a rigor, falar de constitucionalização simbólica.

No que se refere ao segundo tipo, é representativa a análise da Constituição de Weimar (1919) por Schmitt, que releva o seu caráter de compromisso¹⁷⁵, distinguindo, porém, os compromissos "autênticos" dos "não autênticos" ou "de fórmula dilatatória"¹⁷⁶. Conforme a concepção

decisionista de constituição (cf. nota 38 deste Cap.), sustenta-se, então, que os compromissos autênticos destinam-se à "regulação e ordenação objetiva" de certos assuntos controversos, "mediante transações" em torno da organização e do conteúdo da Constituição¹⁷⁷. Os "de fórmula dilatatória" ou "não autênticos", ao contrário, não diriam respeito a decisões objetivas alcançadas através de transações, servindo exatamente para afastar e adiar a decisão¹⁷⁸. O compromisso objetivaria "encontrar uma fórmula que satisfaça todas as exigências contraditórias e deixe indecisa em uma expressão anfibiológica a questão fútil mesma"¹⁷⁹. Assim sendo, qualquer dos partidos inconciliáveis podem recorrer às respectivas disposições constitucionais, sem que daí possa decorrer uma interpretação jurídica convincente¹⁸⁰. Mas Schmitt enfatizava que a questão dos compromissos de fórmula dilatatória atingia apenas particularidades da regulação legal-constitucional¹⁸¹. Conforme o modelo decisionista, concluía ele: "Se a Constituição de Weimar não contivesse nada mais que tais compromissos dilatatórios, seria ilusório seu valor e teria de admitir-se que as decisões políticas fundamentais recaíam *fora* dos procedimentos e métodos constitucionalmente previstos"¹⁸². Porém nessa hipótese, não estaríamos mais no domínio estrito dos compromissos de cláusula dilatatória — que sempre podem surgir em qualquer processo de constitucionalização, implicando função simbólica de aspectos parciais da Constituição —, e sim perante o problema mais abrangente da constitucionalização-álibi, que compromete todo o sistema constitu-

177. Schmitt, 1970:31 (tr. esp., 1970:36).

178. Schmitt, 1970:31 (tr. esp., 1970:36).

179. Schmitt, 1970:31s. (tr. esp., 1970:36).

180. Schmitt, 1970:34s. (tr. esp., 1970:39).

181. Ou seja, a Constituição em sentido relativo "como uma pluralidade de leis particulares" (Schmitt, 1970:11-20 — tr. esp., 1970:13-23), não a Constituição em sentido positivo "como decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política" (1970:20ss. — tr. esp. 1970:23ss), que tem predominância no modelo decisionista (cf. acima nota 38 deste cap.). Schmitt também diferenciaria os conceitos *absoluto* e *ideal* de Constituição, que se referem, respectivamente, à "Constituição como um todo unitário", seja esse a "concreta maneira de ser" da unidade política ou "»m sistema de normas supremas e últimas" (3ss.), e à "verdadeira" Constituição como resposta a um modelo político-ideológico determinado (36-41 — tr. esp., 41-47). Cf. acima p. 58s. e nota 14 deste capítulo.).

182. Schmitt, 1970:36 (tr. esp., 1970:40).

173. Cf Lefort, 1981:67ss., 82 (tr. br., 1987:56ss.. 68).

174. Bryde, 1987:37. Ver também acima, p. 36.

175. Schmitt, 1970:28-36 (tr. esp., 1970:33-41).

176. Schmitt.. 1970:31-36 (tr. esp., 1970:36-41).

cional. Daí porque restringimos a questão da constitucionalização simbólica aos casos em que a própria atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional mesmo e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como álibi para os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal.

Já em 1962, em seu artigo sobre a "dissolução do conceito de Constituição", Burdeau referia-se à Constituição como "álibi" e "símbolo"¹⁸³. Contudo, sob tais rubricas, incluíam-se situações as mais diversas, como, no caso das democracias ocidentais, "a incapacidade do parlamento perante os problemas da economia planificada e do controle da vida econômica", e "a inutilidade das normas que devem garantir a estabilidade do regime"¹⁸⁴. De outro lado, considerava o problema da Constituição como "símbolo" nos Estados africanos que, então, haviam conquistado recentemente a independência formal¹⁸⁵. Esse caso distinguia-se radicalmente daquele, que Loewenstein denominara de "desvalorização da Constituição escrita na democracia constitucional"¹⁸⁶. Tal situação, considerada como uma crise no segundo pós-guerra, resultava dos *limites* do Direito Constitucional numa sociedade altamente complexa, na qual *outros* mecanismos reflexivos, códigos autônomos e sistemas autopoieticos surgiam e desenvolviam-se¹⁸⁷. A Constituição não perdia estruturalmente sua força normativa¹⁸⁸ e, portanto, o Direito positivo não era generalizadamente bloqueado na sua reprodução operacional. Nos estados que se formavam, então, na África, tratava-se da falta de condições sociais mínimas para a concretização constitucional e, por conseguinte, da ausência dos pressupostos para a construção do Direito positivo como esfera funcional autônoma. O texto constitucional, a sua produção e o respectivo discurso em torno dele atuavam como álibi para os novos

183. Burdeau, 1962:398.

184. Burdeau, 1962:398.

185. Burdeau, 1962:398s.

186. Loewenstein, 1975:157-66.

187. Cf. Grimm, 1987a:73. Ver também *idem* (org.), 1990, onde se discute o problema da ampliação das tarefas estatais em face da redução da capacidade regulativa do Direito. Quanto ao conceito de sistema autopoietico, ver acima Cap. III, 1.

188. O próprio Loewenstein referia-se ao problema da "judicialização da política", considerando especialmente a experiência do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha (1975:261ss.).

governantes.

A compreensão da constitucionalização simbólica como álibi em favor dos agentes políticos dominantes e em detrimento da concretização constitucional encontra respaldo nas observações de Bryde a respeito, também, da experiência africana: as "Constituições simbólicas", em oposição às "normativas", fundamentam-se sobretudo nas "pretensões (correspondentes a necessidades internas ou externas) da elite dirigente pela representação simbólica de sua ordem estatal"¹⁸⁹. Delas não decorre qualquer modificação real no processo de poder. No *mini mo.* há um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se isso fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social.

6. A Constitucionalização Simbólica e o Modelo Classificatório de Loewenstein

Conforme a sua relação com a realidade do processo de poder, as Constituições foram classificadas por Loewenstein em três tipos básicos: "normativas", "nominalistas" e "semânticas"¹⁹⁰. As Constituições "normativas" seriam aquelas que direcionam realmente o processo de poder, de tal maneira que as relações políticas e os agentes de poder ficam sujeitos às suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental. As Constituições "nominalistas", embora contendo disposições de limitação e controle da dominação política, não teriam ressonância no processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional. Já as Constituições "semânticas" seriam simples reflexos da realidade do processo político, servindo, ao contrário das "normativas", como mero instrumento dos "donos do poder", não para sua limitação ou controle. Tratava-se de conceitos típico-ideais no sentido de Weber¹⁹¹, de tal maneira que na realidade social haveria vários graus de "normatividade", "nominalismo" e "semantismo" constitucional, ca-

189. Bryde, 1982:29.

190. Cf. Loewenstein, 1975:151-57, 1956:222-25. Para uma releitura da classificação de Loewenstein, ver Neves, 1992:65-71, de onde retiramos, em linhas gerais, os argumentos que se seguem.

191. Cf. Neves, 1992:110s. A respeito do conceito de tipo ideal, ver Weber, 1973:190-212, 1968a:67-69, 157-59 e 163-65. Ver também abaixo Cap. m.6.

racterizando-se a respectiva constituição pela predominância de um desses aspectos.

A classificação de Loewenstein refere-se mais exatamente à função da ação constituinte e linguagem constitucional, especialmente perante o processo político, ou, simplesmente, à relação entre texto e realidade constitucional¹⁹². Se ao texto da constituição corresponde, de forma generalizada, normatividade constitucional, então se fala de "Constituição normativa". Isso não significa que entre normas constitucionais e realidade do processo de poder haja uma perfeita concordância. Tensões entre realidade e leis constitucionais estarão sempre presentes¹⁹³. "Distância da realidade" é inerente à normatividade da Constituição e condição de autonomia do respectivo sistema jurídico¹⁹⁴. O que vai caracterizar especificamente a "Constituição normativa" é a sua atuação efetiva como mecanismo generalizado de filtragem da influência do poder político sobre o sistema jurídico, constituindo-se em mecanismo reflexivo do Direito positivo. Ao texto constitucional corresponderiam, então, "expectativas normativas congruentemente generalizadas". Na medida em que a "Constituição normativa" se enquadra no conceito estritamente moderno de Constituição já acima analisado (item 1.3 deste Cap.), não estamos evidentemente diante de situações de constitucionalização simbólica.

O problema surge no âmbito das "Constituições nominalistas". Nela há uma discrepância radical entre prática do poder e disposições constitucionais, um bloqueio político da concretização constitucional, obstaculizador da autonomia operativa do sistema jurídico. Como observa Loewenstein, "essa situação não deve, contudo, ser confundida com o fenômeno bem conhecido de que a prática constitucional difere da letra da Constituição"¹⁹⁵. Metamorfose através de interpretação/aplicação ou concretização é imprescindível à subsistência e estabilidade das "constituições normativas", e à sua adequação à realidade social circundan-

192. De acordo com a terminologia de Mediam (1959), tratar-se-ia do relacionamento entre "a constituição nominal" (texto) e "a constituição real ou operativa" (realidade constitucional).

193. Romieberger, 1968:426.

194. "A Constituição toma [...] distância da realidade e ganha, só a partir daí, a capacidade de servir de critério de conduta e julgamento para a política" (Grimm, 1989:635). "Distância da realidade" significa aqui "autonomia perante o meio ambiente".

195. Loewenstein, 1975:152. Cf. também idem, 1956:223.

te (cf. nota 141 deste Cap.). Nas "Constituições nominalistas", ao contrário, dá-se o bloqueio generalizado do seu processo concretizador. de tal maneira que o texto constitucional perde em relevância nonnativo-jurídica diante das relações de poder. Faltam os pressupostos sociais para a realização do seu conteúdo normativo. Loewenstein vai acentuar esse aspecto negativo, apontando para a possibilidade de evolução política no sentido da realização do modelo constitucional: a Constituição é comparada metaforicamente a um terno temporariamente pendurado no guarda-roupa, devendo ser usado quando o corpo nacional crescer correspondentemente¹⁹⁶. Não se apercebe, assim, da função simbólico-ideológica das Constituições nominalistas. Ao contrário, aponta para a esperança de realização futura da Constituição, fundada na *boa vontade* dos detentores e destinatários do poder¹⁹⁷. E. no sentido positivo, atribui-se às "Constituições nominalistas" uma função primariamente educativa¹⁹⁸.

A respeito dessa posição "modernizadora" de Loewenstein em relação ao "nominalismo constitucional", orientada por um esquema evolutivo linear, é bem pertinente a crítica de Bryde no sentido de que ela remontaria à interpretação incorreta, difundida nos anos cinquenta e sessenta, do papel das camadas dirigentes dos países em desenvolvimento, caracterizadas, então, como elites idealistas e modernizadoras¹⁹⁹. A experiência parece ter ensinado algo bem diverso. O objetivo das "Constituições nominalistas" não é "tornar-se normativa no futuro próximo ou distante"²⁰⁰. Ao contrário: há muitos elementos favoráveis à afirmativa de que os "donos do poder" e grupos privilegiados não têm interesse numa mudança fundamental das relações sociais, pressuposto para a concretização constitucional. Contudo, o discurso do poder invoca, simbolicamente, o documento constitucional "democrático", o reconhecimento dos direitos fundamentais, a eleição livre e democrática etc, como conquistas do governo ou do Estado. Os textos das "constituições nominalistas" e "normativas" contêm basicamente o mesmo modelo institucional: direitos fundamentais, "divisão de poderes", eleição democrática, igualdade perante a lei e também dispositivos do Estado de bem-estar. Embora tal fato tenha muito pouco significado para se classifi-

196. Loewenstein, 1975:153. Cf. também idem, 1956:223

197. Loewenstein, 1975:153.

198. Loewenstein, 1975:153.

199. Bryde, 1982:28, nota 4.

200. Loewenstein, 1975:153, em sentido contrário.

carcm os respectivos países no mesmo grupo — "sociedade democrática" —, essa fórmula, repitamos, é usada tão freqüentemente pelos agentes governamentais *com* "Constituições nominalistas" como pelos seus colegas *sob* "Constituições normativas". Estes estão efetivamente envolvidos numa linguagem constitucional em que se implicam relevante e reciprocamente os aspectos simbólicos e jurídico-instrumentais, contribuindo ambos complementarmente para a funcionalidade da Constituição. Aqueles estão comprometidos com uma linguagem constitucional hipertroficamente simbólica, à qual não corresponde concretização normativa generalizada e includente.

Em relação às "constituições semânticas", cabe inicialmente uma mudança de denominação, eis que na classificação de Loewenstein o termo "semântico" é empregado sem quase nenhuma conexão com o seu sentido habitual, podendo contribuir para equívocos. Considerando que elas foram designadas "instrumentos" dos detentores do poder²⁰¹, parece mais adequada a expressão "Constituições instrumentalistas". Com isso não se desconhece que também as "Constituições normativas" são importantes instrumentos da política; mas elas são, além disso, mecanismos para o controle e limitação da atividade política. Nos casos de "Constituições instrumentalistas", ao contrário, os "donos do poder" utilizam os textos ou leis constitucionais como puros meios de imposição da dominação, sem estarem normativamente vinculados a tais mecanismos: o "soberano" dispõe dos "instrumentos" e pode, sem qualquer limitação jurídica, reformá-los ou substituí-los.

As Constituições semânticas, ao contrário das "nominalistas", correspondem à realidade do processo de poder, mas, por outro, em oposição às "normativas", não têm qualquer reação contrafática relevante sobre a atividade dos ocasionais detentores do poder. É o caso das experiências autocráticas contemporâneas, sejam autoritárias ou totalitárias²⁰².

201. Cf. Loewenstein, 1975:153s., 1956:223.

202. A respeito, ver Loewenstein, 1975:52ss., distinguindo na autocracia dois tipos básicos: o autoritarismo, que se refere à estrutura governamental e se contenta com o controle político do Estado (53); o totalitarismo, que diz respeito à ordem global da sociedade (55). Ou seja, enquanto o autoritarismo implica diretamente sobreposição adiferenciante do sistema político sobre o jurídico, só atingindo a autonomia dos demais sistemas sociais na medida em que, no âmbito deles, o poder político seja posto criticamente em questão, o totalitarismo importa a politização adiferenciante de todos os domínios sociais, com a pretensão manifesta de eliminar-lhes qualquer autonomia (Neves, 1992:70).

A "Carta" ou outras "leis constitucionais" servem primariamente, então, à instrumentalização unilateral do sistema jurídico pelo político. Portanto, a negação da autonomia da esfera do jurídico já se exprime manifesta e diretamente no momento da ponência dos textos ou leis constitucionais, ao passo que no "nominalismo constitucional" o bloqueio da reprodução autônoma do Direito positivo emerge basicamente no processo concretizados. É verdade que não se pode excluir a função hipertroficamente simbólica de aspectos das "Constituições instrumentalistas": declaração de direitos fundamentais, eleição política e outras instituições do Estado Constitucional podem pertencer ao seu conteúdo linguístico. Mas essa função é secundária e não lhe constitui o traço distintivo. Da própria "Carta" ou de outras leis constitucionais já resulta que as instituições constitucionalistas adotadas não têm nenhum significado, principalmente porque ficam subordinadas a princípios superiores, como "razão de Estado" ou "segurança nacional". Com as palavras de Burdeau, pode-se dizer que, enquanto a "Constituição nominalista" representa um "álibi", a "Constituição instrumentalista" é "apenas arma na luta política"²⁰³. Característico da primeira é a função hipertroficamente simbólica ou poético-ideológica do "texto constitucional", da segunda, a instrumentalização unilateral do Direito pelo sistema político (orientado primariamente pelo código-diferença superioridade/inferioridade) mediante a emissão/reforma casuística de "Cartas" ou "leis constitucionais".

7. Constituição Simbólica *versus* "Constituição Ritualista"

Bryde formulou a distinção entre constituições "relevantes" e Constituições "ritualistas"²⁰⁴. Aqui não se trata exatamente do problema da adequação da conduta às determinações do diploma normativo constitucional, mas sim da significação procedimental dos comportamentos

203. Burdeau, 1962:398s. Mais recentemente, Luhmann (1990a:2)3s.) fala analogamente de leis constitucionais que "só podem ser tomadas em consideração como meio de luta ou como meio de 'política simbólica'". Na perspectiva do estruturalismo marxista poderia afirmar-se: enquanto a "Constituição nominalista" desempenha primariamente um papel ideológico, a "Constituição instrumentalista" preenche sobretudo uma função repressiva (cf. Althusser, 1976: 81ss., Poulantzas, 1978:31-38 — tr. br., 1985:33-40).

204. Cf. Bryde, 1982:29-33.

que se conformam ao texto constitucional. Não é de excluir-se "que disposições constitucionais sejam observadas literal e formalisticamente, mas, apesar disso, não regulem o processo político"²⁰⁵. Nesse caso, a prática correspondente ao texto constitucional atingiria (como "ritual") apenas a superfície do processo político, não abrangendo os seus aspectos "relevantes"²⁰⁶.

Em tal classificação também não se configuraria uma dicotomia entre Constituições "ritualistas" e "relevantes", mas antes uma escala variável entre dois casos-limite²⁰⁷. É a predominância de um dos aspectos que vai possibilitar o enquadramento da Constituição num dos dois tipos. Traços "ritualísticos" encontram-se em qualquer ordem constitucional²⁰⁸. O que vai caracterizar as Constituições "ritualistas" é o fato de que, em suas linhas mestras da regulação procedimental, "as ações constitucionalmente prescritas para a produção e o exercício da vontade estatal são na verdade praticadas, mas as decisões são tomadas realmente de maneira inteiramente diferente"²⁰⁹. Então, em vez de "*procedimentos*" regulados pelo Direito Constitucional, apresentam-se formas "ritualistas". Nesse sentido, observa Luhmann, em relação à legitimação procedimental, que "a forma não pode congelar-se em um cerimonial que é representado como um torneio, enquanto os conflitos reais são resolvidos ou não de outra maneira"²¹⁰. Os procedimentos formalmente previstos no texto constitucional transformam-se assim em prática "ritualista", não atuando realmente como mecanismos de seleção jurídica das expectativas e comportamentos políticos, o que só vai consumir-se ao nível da "Constituição material".

O que torna problemática a classificação de Bryde é o caráter muito abrangente da categoria "Constituições ritualistas", na qual se inclui tanto a experiência constitucional inglesa como um exemplo-padrão, quanto as "Constituições semânticas" no sentido de Loewenstein, que designamos de "instrumentalistas"²¹¹. Mas no caso do "instrumentalis-

205. Bryde, 1982:29.

206. Bryde, 1982:29.

207. Bryde, 1982:30.

208. Cf. Bryde, 1982:30-32.

209. Bryde, 1982:29s.

210. Luhmann, 1983a: 102.

211. Cf. Bryde, 1982:32s. Portanto, não se justifica a crítica de Bryde (29s., nota 12) ao caráter muito abrangente do conceito de "Constituição semântica" em Loewenstein; a categoria das "Constituições ritualistas" é bem

mo", as leis constitucionais, outorgadas e reformadas casuisticamente conforme a concreta constelação de poder, são efetivadas através de uma prática politicamente *relevante*. Embora também se encontrem elementos ritualistas (eleições, reuniões parlamentares etc), elas distinguem-se enquanto estabelecem mecanismos políticos para a manutenção do *status quo* autoritário ou totalitário (cf. nota. 202 deste Cap.). O conceito de ritualismo constitucional estaria mais adequado, portanto, à relação entre parlamento/regime e Coroa na experiência inglesa mais recente: "o programa governamental é proclamado pela rainha como sua própria declaração de vontade, nenhuma lei pode surgir sem *royal assent*, decretos (*Orders-in-Council*) são baixados pela rainha em um cerimonial da corte", de tal maneira que o Direito Constitucional britânico seria ainda o de uma monarquia limitada²¹². Entretanto, os rituais da coroa apenas proclamam solenemente decisões políticas já pré-determinadas mediante os procedimentos do sistema parlamentarista.

Do exposto observa-se que a noção de "Constituição ritualista" não se confunde com o conceito de "Constituição simbólica". Enquanto a primeira categoria diz respeito ao problema da irrelevância de práticas jurídico-constitucionais efetivas, inclusive costumeiras, para o processo "de formação da vontade estatal", no segundo caso a questão refere-se à não concretização normativo-jurídica do texto constitucional, o qual, porém, exerce uma função simbólica no âmbito do sistema político. Muitas das críticas em relação ao Estado constitucional da Europa Ocidental e América do Norte, embora utilizem o termo "simbólico", apontam antes para aspectos ritualísticos da prática constitucional. Observa-se, por exemplo, que em eleições de sistemas distritais majoritários, face às condições políticas e sócio-econômicas, já se pode antever com segurança o resultado; e também se acentua o caso-limite da antecipação do processo de decisão parlamentar pela burocracia ministerial²¹³. Mas em tais hipóteses, o processo (ritual) eleitoral e legislativo é realizado conforme as determinações constitucionais. A "constitucionalização simbólica", ao contrário, vai configurar-se somente a partir de que "procedimentos" eleitorais, legislativos, judiciais, administrativos, como também o comportamento dos grupos e indivíduos em geral, descumprem as dis-

mais ampla e vaga, incluindo-se nela, expressamente, as "Constituições semânticas" no sentido de Loewenstein (cf. Bryde, 1982:33, nota 24).

212. Bryde, 1982:32.

213. Bryde, 1982:30s.

posições constitucionais ou delas desviam-se, de tal maneira que o discurso constitucionalista torna-se, antes de tudo, um álbi.

8. Constifuncionalização Simbólica e Normas Constitucionais Programáticas

O problema da constitucionalização simbólica tem sido frequentemente encoberto através da deformação do conceito juridico-dogmático de normas constitucionais programáticas. Traía-se de uma confusão prejudicial tanto às abordagens dogmáticas quanto extradogmáticas.

Superada a doutrina distintiva das cláusulas constitucionais mandatórias (obrigatórias) e diretórias (facultativas)²¹⁴, impôs-se ao nível dogmático a concepção da vinculatoriedade jurídica de todas as normas constitucionais²¹⁵. As normas programáticas seriam, pois, normas de "eficácia limitada", não servindo à regulação imediata de determinados interesses, mas estabelecendo a orientação finalística dos órgãos estatais²¹⁶. "A legislação, a execução e a própria justiça" — afirmava Pontes de Miranda — "ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função"²¹⁷. Nesse sentido, os agentes estatais não podem propor ou executar outro programa²¹⁸, nem sequer agir contra o programa constitucional. Daí porque o descumprimento de normas programáticas pode suscitar o problema do controle da constitucionalidade da respectiva ação (ou omissão) de órgão do Estado²¹⁹.

Sem desconhecer, portanto, que o sistema jurídico inclui programas finalísticos²²⁰, parece-nos, porém, que não cabe atribuir a falta de con-

cretização normativa de determinados dispositivos constitucionais simplesmente ao seu caráter programático. Em primeiro lugar, deve-se observar que a vigência social (congniente generalização) de normas constitucionais programáticas depende da existência das possibilidades estruturais de sua realização. A própria noção de programa implica a sua realizabilidade no contexto social das expectativas e comunicações que ele se propõe a direcionar ou reorientar. Por exemplo: através da normalização "programática" dos "direitos sociais fundamentais" dos cidadãos, os sistemas constitucionais das democracias ocidentais européias emergentes nos dois pós-guerras respondiam, com ou sem exílio²²¹, a tendências estruturais em direção ao *welfare state*. Pressupunha-se a realizabilidade das normas programáticas no próprio contexto das relações de poder que davam sustentação ao sistema constitucional.

Outra é a situação no caso da constitucionalização simbólica. As disposições programáticas não respondem, então, a tendências presentes nas relações de poder que estruturam a realidade constitucional. Ao contrário, a realização do conteúdo dos dispositivos programáticos importaria uma transformação radical da estrutura social e política. Além do mais, a rejeição ou deturpação das normas programáticas ao nível do processo concretizador não resulta apenas da omissão, mas também da ação dos órgãos estatais. Diante das injunções do "meio ambiente" social da Constituição²²², especialmente das relações econômicas e políticas, a ação dos agentes estatais encarregados de executar as disposições programáticas dirige-se frequentemente no sentido oposto ao do aparente programa²²³. Portanto, a questão não se diferenciaria, em princípio, do problema do bloqueio da concretização normativa (falta de normatividade) dos demais dispositivos constitucionais. Mas é através das chamadas "normas programáticas de fins sociais" que o caráter hipertrofi-

214. Distinção que remonta à jurisprudência e doutrina norte-americana do século passado. Cf. Cooley, 1898:390.

215. Cf. Ghigliani, 1952:3s.; Silva, 1982: 61-63 ; Bittencourt, 1968:56-60; Buzaid, 1968:48s.; Campos, 1956: 392ss.; Mello, 1968:92; Mendes, 1990:28ss.

216. Cf. Silva, 1982:126ss. É evidente que aqui se trata de eficácia em sentido jurídico. Ver acima Cap. I. 8.1.

217. Pontes de Miranda, 1960:111. Cf. idem, 1970:127.

218. "Algo do que era *político*, partidário, programa, entrou no sistema jurídico: cerceou-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter *outro* programa" (Pontes de Miranda, 1960:11 ls.; cf. idem, 1970:127).

219. Cf. Neves, 1988:101-103; Silva, 1982:141-43 e 146.

220. Cf. Luhmann, 1987b:241. Contudo, o Direito positivo emprega primariamente "programas condicionais"; ver idem, 1987b:227-34, 1981b:140-43,

1981c:275ss., 1973a:88ss. (esp. 99).

221. Com êxito, as Constituições francesa de 1946, italiana de 1947 e federal alemã de 1949; sem êxito, a Constituição de Weimar (1919).

222. E de observar-se que, nessas condições, a própria diferença funcional entre sistema e meio ambiente perde cm significado. A respeito, ver Neves, 1992, 1991.

223. Daí porque não se trata simplesmente de uma questão de omissão inconstitucional a ser suprida por mandado de mjunção (Ari. 5º, Inciso I.XXI, da Constituição Brasileira) ou pela respectiva ação de inconstitucionalidade (Ari. 103, § 2º. da Constituição Brasileira; Art. 283 da Constituição Portuguesa). Cf. Neves, 1992:158s.

camente simbólico da linguagem constitucional vai apresentar-se de forma mais marcante. Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* previsto no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constituição simbólica está, portanto, estreitamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas no texto constitucional. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um alibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem "letra morta" num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social.

9. Constitucionalização-Álbi e "Agir Comunicativo"

Tendo em vista que a constitucionalização implica a atividade constituinte e o processo de concretização constitucional, portanto, uma conexão de ações intersubjetivas, é possível uma leitura do problema da constitucionalização simbólica a partir da teoria dos "atos de fala" (*speech act*)²²⁴. Classificando-se as ações constituintes e concretizadoras como "comissivo-diretivas"²²⁵, afirmar-se-ia que elas fracassam, quanto à sua força ilocucional, em virtude de "inautenticidade"²²⁶. Ao aspecto proposicional da linguagem constitucionalizadora não corresponderia uma disposição ilocucional do agente com respeito à realização do respectivo conteúdo. É evidente que, na constitucionalização simbólica, o emissor do ato "comissivo-diretivo" ilocucionalmente inautêntico seria, ao mesmo tempo, destinatário, de tal maneira que, na teoria dos "atos de fala", sua ação também poderia ser caracterizada como uma "promessa inautêntica".

Na recepção habermasiana, a teoria dos "atos de fala" foi reinterpretada a partir do modelo da pragmática universal, com a pretensão de formular as regras universalmente válidas do entendimento intersubjetivo (agir comunicativo) e do discurso racional (ética do discurso)²²⁷. Abstra-

indo essa pretensão universalista da filosofia de Habermas, interessa-nos aqui a distinção entre "agir comunicativo" e "agir-racional-com-respeito-a-fins" (*zweckrationales Handeln*), categoria na qual se incluem o "agir instrumental" e o "estratégico"²²⁸.

Habermas vai definir o "agir instrumental" como modo de ação orientado por regras técnicas, ou seja, direcionado para obtenção de determinados fins do agente mediante a utilização de objetos. O agir estratégico implicaria a escolha racional de meios de influenciar um adversário. O agir instrumental é, em princípio, "não-social", podendo, porém, estar vinculado a interações sociais. O agir estratégico constitui em si mesmo ação social. Ambos seriam orientados para o êxito do agente e, portanto, avaliados respectivamente conforme o grau de eficácia sobre situações e acontecimentos ou de influência sobre as decisões do adversário²²⁹. O agir comunicativo, ao contrário, não é direcionado pelo cálculo egocêntrico do êxito, mas sim coordenado por atos de entendimento entre os participantes²³⁰.

peito, também cf. Alexy, 1983:77ss. e 137ss. Ao contrário da "pragmática transcendental" (apriorística) proposta por Apel (1988), a "pragmática universal" desenvolve-se a partir de uma perspectiva reconstrutiva em face do "mundo da vida" como horizonte do agir comunicativo (Habermas, 1982bII:182ss., 1988a: 87ss.; cf. idem, 1986a: esp. 379ss.).

228. A respeito, ver, em diferentes fases de desenvolvimento da "teoria do agir comunicativo", Habermas, 1969:62-65 (Ir. br., 1980:320-22), 1982M: esp. 384ss., 1988a:68ss. (aqui especificamente quanto à distinção entre agir comunicativo e estratégico). Cf. também idem, 1986a:404s., com o acréscimo do "agir simbólico" (ver abaixo nota 237 deste Cap.). Essa classificação implica uma reconstrução do modelo weberiano dos tipos de ação: afetiva, tradicional, racional-com-respeito-a-fins e racional-com-respeito-a-valores (cf. Weber, 1985:12s.; Schluchter, 1979: esp. 191-95; Habermas, 1982bI:379-84; Neves, 1992:13s.). Através dela, Habermas vai afastar-se definitivamente dos seus predecessores da Escola de Frankfurt, na medida em que a crítica da "razão instrumental" vai ser relativizada, atribuindo-se o problema da modernidade não mais — como naqueles — ao desenvolvimento técnico em si mesmo, mas sim à hipertrofia da "racionalidade-com-respeito-a-fins" (*Zweckrationalität*) em prejuízo da esfera do "agir comunicativo" — cf. Habermas, 1969:48ss., 1982bI:455ss. (esp. 489ss.); Marcuse, 1967: esp. 159ss., Horkheimer e Adorno, 1969.

229. Habermas, 1982bI:385.

230. Habermas, 1982bI:385. Ele concebe o agir comunicativo como "fundamento

224. Cf. Searle, 1973; Austin, 1968.

225. Sobre os tipos de atos "ilocucionais", ver Searle, 1973; 116ss.

226. Cf. Searle, 1973:124; Austin, 1968:141.

227. Ver Habermas, 1986a: esp. 385ss., 1982W: esp. 388ss., 1971b. A res-

Aqui é especialmente relevante a distinção entre agir estratégico e agir comunicativo enquanto tipos básicos de ações sociais. Para Habermas, na medida em que as ações estratégicas são orientadas egocentricamente para a obtenção de êxito diante do adversário, não se supõe a autenticidade da manifestação lingüística do agente²³¹. O êxito pode ser alcançado através do engano do adversário²³². O agir comunicativo pressupõe a autenticidade dos participantes, no sentido de que eles devem expressar transparentemente suas posições, desejos e sentimentos na interação intersubjetiva²³³.

O Direito não é, no modelo habermasiano, apenas meio sistêmico, mas também "instituição"; portanto, inclui-se em parte na esfera do agir comunicativo²³⁴. Dessa maneira, torna-se possível uma leitura da constitucionalização simbólica a partir da distinção entre agir estratégico e agir comunicativo. Na medida em que a atividade constituinte e o discurso constitucionalista não têm correspondência nas posturas, sentimentos e intenções dos respectivos agentes políticos, ou seja, são ilocucionalmente "inautênticos", a constitucionalização simbólica não envolve "ações comunicativas" referentes ao Direito. Caracteriza-se, antes, como um plexo de ações estratégicas a serviço do meio sistêmico "poder". Não se trata de "*agir abertamente estratégico*", como aquele que se manifesta nas lutas entre facções políticas durante o processo constituinte e também nas contendas políticas e judiciais em torno da concretização constitucional. A constitucionalização simbólica implica "*agir ocultamente estratégico*", seja ele *comunicação deformada sistematicamente* (ilusão inconsciente) ou mesmo a simples *manipulação* (ilusão consciente)²³⁵. O sentido manifesto e aparente (norma tivo-jurídico) da atividade constituinte e linguagem constitucional encobre, então, o seu sentido oculto (político-ideológico).

Diante do exposto, observa-se que, conforme a teoria da ação de Habermas, pois parte de "que outras formas do agir social — p. ex., luta, competição, conduta estratégica em geral — constituem derivados do agir orientado para o entendimento" (1986a:353).

231. A "autenticidade", enquanto uma das "pretensões de validade" (*Geltungsansprüche*), fica, então, suspensa (Habermas, 1986a:404).

232. Cf. Habermas, 1982b:445s.

233. Cf. Habermas. 1986b:138 e 178, 1978:24.

234. Cf. Habermas, 1987a, 1982b:536ss. Para o aprofundamento da evolução do pensamento habermasiano nesse sentido, v. idem, 1992.

235. Habermas, 1982b:445s.

bermas, a constitucionalização *simbólica* importa, no *âmbito político*, ou melhor, para os detentores do poder, função primariamente "*instrumental*". Considerando-se, porém, o sentido que o termo "simbólico" assume no contexto deste trabalho (v. Cap. I), permanece válida a tese: em relação ao domínio do *Direito*, trata-se da atuação hipertroficadamente *simbólica* da atividade constituinte e do discurso constitucionalista, na medida em que ambos constituem uma parada de *símbolos* para a massa dos espectadores²³⁶, sem produzir os efeitos normativo-jurídicos generalizados previstos no respectivo texto constitucional²³⁷. Por outro lado, a teoria da ação de Habermas parte de interações entre sujeitos determinados, o que torna discutível a sua transposição ao problema da constitucionalização simbólica, no qual está implicada uma conexão complexa e contingente de ações, que não pode ser reduzida à questão do agir específico de sujeitos determinados.

10. Constitucionalização Simbólica *versus* Lealdade das Massas e "Regras-do-Silêncio"

A passagem do modelo liberal clássico para o *welfare state* na Europa Ocidental e Norte-América implicou um maior acesso da massa trabalhadora às prestações do Estado. Marshall interpretou esse fenômeno como processo de ampliação da cidadania: os direitos civis e políticos teriam ganhado em realidade com a conquista dos direitos sociais²³⁸. No século XX, a cidadania, orientada pelo princípio da igual-

236. Cf. Edelman, 1967:5, referindo-se, porém, mais abrangentemente à "política simbólica". Ver acima Cap.1.3.

237. Há aqui uma analogia com a noção habermasiana de "agir simbólico", que inclui as danças, os concertos, as representações dramáticas etc. (cf. Habermas, 1986a:404) e, portanto, está relacionado (ou se confunde), na própria obra de Habermas, com o agir expressivo ou dramático, cujo questionamento crítico e negação referem-se à sua "inautenticidade" (Cf. 1982b:436 e 447s.). Mas o conceito de simbólico tem também um sentido mais amplo e relevante dentro da "teoria do agir comunicativo", quando se define "sociedade como mundo da vida estruturado simbolicamente" (idem, 1988a:95ss.). daí não decorre, porém, uma confusão do simbólico e semiótico, eis que esse "mundo" simbolicamente estruturado só se constitui e reproduz através do agir comunicativo (1988a:97).

238. Cf. Marshall, 1976:71ss.; acompanhando-o. Bendix, 1969:92ss. Para

dade, teria entrado em guerra com o sistema de desigualdade inerente ao capitalismo e às suas classes sociais²³⁹. Nesse sentido, a ampliação da cidadania importaria a redução das desigualdades do capitalismo, conduzindo ao modelo social-democrático do *welfare state*.

Enfrentando a questão posta por Marshall, Bendix vai sustentar que, nesse contexto de ampliação da cidadania, as lutas da classe trabalhadora não se orientavam pela construção de "uma nova ordem social", mas sim por maior "participação" na ordem estabelecida, caracterizando-as como expressão de um espírito conservador²⁴⁰. Assim, o modelo clássico marxista de luta revolucionária do trabalhador pela superação da ordem capitalista é substituído por uma concepção do conflito trabalhista como forma de integração/inclusão das massas no sistema social vigente ou de acesso às suas prestações²⁴¹.

Relacionado com esse tipo de enfoque, desenvolveu-se na Alemanha Ocidental dos anos setenta o famoso debate sobre Estado de bem-estar (*Wohlfahrtsstaat*) e lealdade das massas (*Massenloyalität*). Aqui se discutia sobre a "lealdade das massas" como decorrência do desempenho de caráter social do Estado de bem-estar²⁴². A própria crise de legi-

uma problematização crítica da aplicação do modelo evolutivo de Marshall ao desenvolvimento constitucional brasileiro, Neves, 1990.

239. Marshall, 1976:84. Analogamente, Bobbio apontava posteriormente para o conflito entre a desigualdade capitalista e o princípio de igualdade da democracia (1976:esp. 207 — tr. br., 1979:242), enquanto Offe se preocupava com os limites estruturais do Estado de Direito Democrático no capitalismo avançado (1979). Por sua vez, sustenta Preuss mais recentemente "que a dinâmica inerente ao processo capitalista de produção de valor é autodestrutiva, na medida em que ela destrói progressivamente os fundamentos não-capitalistas do capitalismo" (1989:4) Em outro contexto, afirma Weffort invocando a referida passagem de Marshall: "Não haverá exagero em dizer-se que, no caso brasileiro, a desigualdade tem vencido esta 'guerra', deixando apenas um espaço mínimo à expressão do princípio contrário" (1981:140).

240. Bendix, 1969:89,

241. Nesse sentido, Preuss refere-se à "domesticação da luta de classes através da juridificação da luta trabalhista" no Estado de bem-estar europeu (1989:2).

242. A respeito, ver sobretudo Narr e Offe (org.), 1975a. Ao discutir os limites da Constituição e da obediência nas democracias, Preuss (1984), jurista, emprega a expressão "lealdade dos cidadãos" (*Bürgerloyalität*).

243. Narr e Offe, 1975b: esp. 27-37.

timação seria resultante da incapacidade do *welfare state* de manter a "lealdade das massas" através dos seus mecanismos administrativos²⁴⁴. Com restrições ao modelo então predominante de abordagem do problema, Luhmann ponderava que a ampliação das prestações do Estado de bem-estar não asseguraria atitudes permanentes de "gratidão" e "lealdade" política, considerando a constante mudança de motivações dos indivíduos em face mesmo do acesso aos diversos sistemas funcionais da respectiva sociedade²⁴⁵. Ou seja, ao mesmo tempo em que o Estado de bem-estar amplia os seus serviços em relação às "massas", ele torna-as capazes de exigir-lhe sempre mais novas e inesperadas prestações. Mas, embora a "lealdade das massas" não seja incompatível com mudanças imprevisíveis, parece-nos que ela implica uma postura conservadora em relação ao Estado de bem-estar enquanto estrutura de ampliação e inovação permanente de prestações.

Na abordagem da legislação simbólica no Estado de bem-estar do Ocidente desenvolvido, tem-se procurado caracterizá-la como mecanismo possibilitador da "lealdade das massas" (cf. p. 40). A manutenção dessa não resultaria simplesmente dos efeitos reais da "legislação instrumental", mas dependeria também da produção de diplomas legais destinados basicamente a promover a confiança dos cidadãos no Estado. Através da legislação simbólica, os órgãos estatais demonstrariam ceticamente seu interesse e disposição de solucionar problemas estruturalmente insolúveis. A legislação-álibi constituiria, então, um típico mecanismo de promoção da "lealdade das massas" no Estado de bem-estar.

Essa situação não se transporta irrestritamente aos casos de constitucionalização simbólica. Aqui não se configura um sistema jurídico-constitucional que responde globalmente às expectativas de bem-estar das "massas". Enquanto a legislação simbólica no *welfare state* está envolvida num sistema jurídico-político que, em linhas gerais, realiza-se como práxis includente de toda a população (cf. item 1.3.4.1. deste Cap.), a constitucionalização simbólica importa que os princípios de inclusão do Estado de bem-estar, previstos abstratamente no texto constitucional,

244. Cf Habennas, 1973: esp. 55s., 68-70 e 96ss.

245. Luhmann, 1981j:10. Habennas não se despercebeu desse problema, tendo observado antenamente, que a ampliação das matérias administrativas tomaria imprescindível promover "lealdade das massas" para novas funções estatais, o que implicaria um "desproporcional aumento da necessidade de legitimação" (1973:100s.).

não se concretizam de forma suficientemente relevante para a massa dos subintegrados. O aspecto simbólico não está associado com um desempenho eficiente e generalizado do Estado diante das carências da população. À "lealdade política" vai desenvolver-se principalmente por meio de mecanismos difusos e particularistas não compatíveis com a Constituição. Mas não se trata de institutos generalizados possibilitadores da "lealdade das massas", mas sim de formas de prestação compensadora que ensejam apenas a gratidão individual ou de grupos isolados²⁴⁶.

Contraditoriamente, portanto, embora a constitucionalização simbólica, presente basicamente no Estado periférico (ver Cap.III.6.), tenha a função ideológica de promover a confiança no Estado ou no Governo (em sentido amplo), servindo-lhes como fórmula de representação retórica e álibi, ela pode converter-se, em casos extremos de discrepância entre texto e realidade constitucionais, num fator de promoção de desconfiança na própria figura do Estado. Aquilo que Kindermann fala a respeito do fracasso da legislação-álibi tem realidade principalmente nos casos de constitucionalização-álibi: reconhecendo-se que a atividade constituinte (e reformadora) e o texto constitucional não estão associados a uma concretização normativo-jurídica relevante, representando antes formas especiais de ação política simbólica, o próprio Direito como sistema de regulação da conduta em interferência intersubjetiva cai em descrédito; o público sente-se, então, iludido; os atores políticos tornam-se "cínicos"²⁴⁷.

A questão dos limites ideológicos da constitucionalização simbólica perante a "lealdade das massas" pode ser relacionada com a noção de "regras-do-silêncio" (*gag rules*) como mecanismos através dos quais determinados temas são excluídos da discussão jurídico-política nos sistemas constitucionais democráticos²⁴⁸. Trata-se de restrições descarregadas da pauta política com respeito a temas controversos específicos²⁴⁹. Na medida em que falta aos textos constitucionais simbólicos

246. A respeito, ver Neves, 1992: 170-79, abordando a deturpação do procedimento eleitoral e a politização particularista da administração na experiência constitucional brasileira.

247. Kindermann, 1989:270, tratando especificamente do fracasso da legislação-álibi em face mesmo de sua ampliação. Cf.acima p. 40

248. Cf. Holmes, 1988.

249. "... a forma da política democrática é indubitavelmente determinada pela remoção estratégica de certos itens da agenda democrática. Alguns teóricos têm mesmo argumentado que a supressão de questões é uma condição necessá-

"base consensual" como o "pressuposto mais importante da efetiva *vi-gência* de uma Constituição"²⁵⁰, ou melhor, da orientação' generalizada do público pelo modelo normativo constitucional, a institucionalização de *gag mies* está condenada ao fracasso²⁵¹. Face à ineficiência do "aparelho estatal" diante das necessidades da maioria da população há, nessas circunstâncias, uma tendência à politização dos mais variados temas, incluindo-se a discussão sobre a legitimidade da ordem social como um todo²⁵². A proporção que o sistema constitucional perde em significado como ordem básica e horizonte da política, ele mesmo torra-se tema da discussão política²⁵³. Enquanto através da "lealdade das massas" o *welfare state*, caracterizado por "Constituições normativas", põe os conflitos de classe no segundo plano ou "domestica-os" (ver nota 241 deste Cap.), possibilitando o desenvolvimento das chamadas "regras-do-silêncio". as experiências da constitucionalização simbólica, presentes sobretudo nos Estados periféricos, são marcadas pela incapacidade de uma superação ou controle satisfatório da questão social e, portanto, do conflito de classes, o que torna improvável o desenvolvimento estável de "regras-do-silêncio" democráticas, sejam elas implícitas ou explícitas²⁵⁴. As críticas generalizadas, sem delimitação temática, surgem exatamente como reação à ineficiência ou ao não funcionamento do modelo de Estado previsto simbolicamente no texto constitucional e pertencente à retórica político-jurídica. Nesse contexto, as "regras-do-silêncio" só se tornam possíveis em virtude da negação manifesta desse modelo através da imposição de ditadura, ou seja, do estabelecimento de Constituição instrumentalista²⁵⁵.

ria para a emergência e estabilidade das democracias" (Holmes, 1988:24s).

250. Grimm, 1989:636.

251. Cf, mais cuidadoso, Luhmann, 1990 a: 213 s.

252. Enquanto nos Estados Unidos da América, por exemplo, a legitimidade da propriedade privada nunca é discutida em sessões legislativas (Holmes, 1988:26), ela é freqüentemente posta em questão nos parlamentos dos listados periféricos simbolicamente constitucionalizados.

253. Cf,em outro contexto, Luhmann, 1983a: 196. "O Direito reina principalmente em uma sociedade na qual as questões fundamentais dos valores sociais não são geralmente discutidas ou discutíveis" (Parsons, 1967:133).

254. Embora Holmes se limite à análise das "regras-do-silêncio" abertas (cf. 1988:27), o conceito inclui também regras implícitas (cf. 1988:26).

255. Segundo Holmes, se a sociedade está "dividida muito profundamente", as *gag mies* levam contraditoriamente à "democracia sem oposição" (1988:

Os limites da função ideológica da constitucionalização simbólica diante da "lealdade das massas" e das "regras-do-silêncio" democráticas importa a permanente possibilidade de crítica generalizada ao sistema de dominação encoberto pelo discurso constitucionalista. Como problema estruturalmente condicionado, o desgaste da constitucionalização simbólica poderá conduzir a movimentos sociais e políticos por transformações conseqüentes em direção a um sistema constitucional democrático efetivo. É possível também que conduza à apatia das massas e ao cinismo das elites. A reação mais grave, contudo, é o recurso à "realidade constitucional" mediante a imposição do padrão autoritário e o estabelecimento de constituição instrumental, na qual se exclui ou limita radicalmente o espaço da crítica à própria "realidade" de poder.

31), ou melhor, à negação da democracia.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA COMO ALOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

1. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito

1.1. Da Autopoiese Biológica à Social

O conceito de autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela¹. Etimologicamente, a palavra deriva do grego *autos* ('por si próprio') *epoiesis* ('criação', 'produção')². Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a concretamente no espaço e especificando-lhe o domínio topológico³. Trata-se, portanto, de sistemas homeostáticos⁴, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos⁵. Dessa maneira, procura-se romper com a tradição segundo a qual a conservação e evolução da espécie seriam condicionadas basicamente pelos fatores ambientais. Ao contrário, a conservação dos sistemas vivos (indivíduos) fica vinculada à sua capacidade de reprodução autopoietica, que os diferencia num espaço determinado⁶.

A recepção do conceito de autopoiese nas ciências sociais foi pro-

1. Cf. Maturana e Varela, 1980:73ss., 1987: esp. 55-60; Maturana, 1982: esp. 141s., 157ss., 279s.

2. Cf. Maturana e Varela, 1980:XVTÍ.

3. Maturana e Varela, 1980:78s e 135; Maturana, 1982:158, 141s, 184s., 280. Segundo Teubner (1989:32), apresenta-se aqui a "definição oficial" de autopoiese.

4. Maturana e Varela, 1980:78.

5. Cf, p. ex., Maturana e Varela, 1980:127s., em relação ao sistema nervoso.

6. Cf. Maturana e Varela, 1980:117s., com críticas às implicações ideológi-

posta por Luhmann, tendo tido ampla ressonância⁹. A concepção luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas orgânicos e neurofisiológicos⁸. Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistema e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema⁹. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a "auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica"¹⁰. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu meio ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e meio ambiente¹¹. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso, considerando-se que sentido só se relaciona com sentido e só pode ser alterado através de sentido¹². Porém, a incorporação da diferença "sistema/meio ambiente" no interior dos sistemas baseados ao sentido (a auto-observação como "momento operativo da autopoiese")¹³ possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para o meio ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao meio ambiente¹⁴. Portanto, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luh-

cas da teoria darwiniana da seleção natural.

7. A respeito, ver sobretudo Luhmann, 1987a; Haferkamp e Schmid (orgs.), 1987; Baecker et al. (orgs.), 1987:esp. 394ss. Para a crítica à recepção científico-social do conceito de autopoiese, ver Bühl, 1989, com referência especial ao paradigma luhmanniano (229ss.); e numa perspectiva mais abrangente sobre a teoria sistêmica de Luhmann, Krawietz e Welker (orgs.), 1992. Para a leitura crítica a partir da teoria do discurso, ver Habermas, 1988b:426ss., 1988a:30s. Definindo a autopoiese como paradigma ideológico conservador, Zolo, 1986.

8. Ladeur (1985:408s.) interpreta de maneira diversa. Cf. também Teubner, 1988:51, 1989:38, 43 e 46, criticando a tese sustentada por Luhmann (1985:2; 1987c:318), que nesse ponto acompanha Maturana e Varela (1980:94; Maturana, 1982:301), da impossibilidade de autopoiese parcial.

9. Luhmann, 1987a:64.

10. Luhmann, 1987a:64.

11. Luhmann, 1987a:64.

12. Luhmann, 1987a:64.

13. Luhmann, 1987a:63.

14. Luhmann, 1987a:64s.

mann. o meio ambiente não atua perante o sistema nem meramente como "condição infra-estrutural da possibilidade da constituição dos elementos"¹⁵, nem apenas como perturbação, barulho, "6n//i"¹⁶; constitui algo mais, "o fundamento do sistema"¹⁷. Em relação ao sistema atuam as mais diversas determinações do meio ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando esse, de acordo com seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma¹⁸.

Além de diferenciar-se da teoria biológica da autopoiese, a concepção luhmanniana do fechamento auto-referencial dos sistemas baseados no sentido, especialmente dos sistemas sociais, afasta-se ainda mais claramente da clássica oposição teórica entre sistemas fechados e abertos¹⁹. O conceito de sistemas fechados ganha, "em comparação com a antiga teoria dos sistemas, um novo sentido. Ele não designa mais sistemas que existem (quase) sem meio ambiente e, portanto, podem determinar-se (quase) integralmente a si mesmos"²⁰. Nesse sentido, afirma-se: "Fechamento não significa agora nem falta de meio ambiente, nem determinação integral por si mesmo"²¹. Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia²². O fechamento operativo "é, ao contrário, condição de possibilidade para abertura. Toda abertura baseia-se no fechamento"²³. A combinação de fechamento e abertura pode ser tratada sob duas perspectivas: (1) embora um sistema construtor e construído de sentido exerça o "controle das próprias possibilidades de negação por ocasião da produção dos próprios elementos" (fechamento), esse controle depende das condições de escolha entre o *sim* e o *não* do respectivo código sistêmico (abertura)²⁴; (2) o controle das possibilidades de negação (fechamento) proporciona uma relação seletiva contínua e estável (ou. no

15. Luhmann, 1987a:60.

16. Para Varela (1983), o "ruído" *Cbruit* — "*couplage par clôture*" em oposição "*à couplage par inpu*") atua como forma típica de atuação do meio ambiente em relação aos sistemas autônomos.

17. Luhmann, 1987a:602.

18. "Fundamento é sempre algo *sem* forma" (Luhmann, 1987a:6(2)).

19. Nessa direção, ver Bertalanffy, 1957:10ss. Em contraposição, cf. Luhmann, 1987a:63s.

20. Luhmann, 1987a:602.

21. Luhmann, 1983b: 133

22. Luhmann, 1983a:69; Teubner, 1982:20.

23. Luhmann, 1987a:606.

24. Luhmann, 1987a:603. Cf. idem, 1986a:83.

mínimo, menos instável) do sistema com o seu meio ambiente (abertura adequada).

O conceito de autopoiese será definido mais enfaticamente por Luhmann, sob influência de Maturana e Varela, como auto-referência dos elementos sistêmicos: "Um sistema pode ser designado como auto-referencial, se ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos de que é composto..."²⁵ Aqui se trata primariamente da reprodução unitária dos elementos construtores do sistema e, simultaneamente, por ele constituídos²⁶, não da auto-organização ou da manutenção estrutural do sistema²⁷. Nesse sentido, a unidade do sistema apresenta-se em primeiro lugar como unidade dos elementos básicos de que ele é composto e dos processos nos quais esses elementos reúnem-se operacionalmente²⁸. Nessa perspectiva, formula-se "que um sistema autopoietico constitui os elementos de que é composto através dos elementos de que é composto, e, dessa maneira, demarca fronteiras que não existem na complexidade infra-estrutural do meio ambiente do sistema"²⁹.

Mas a concepção de autopoiese não se limita em Luhmann à *auto-referência* elementar ou de *base*, que se assenta na diferença entre elemento e relação³⁰. Essa apresenta-se apenas como "a forma mínima de auto-referência"³¹, constituindo um dos três momentos da autopoiese³²; os outros são a *reflexividade* e a *reflexão*, que se baseiam respectivamente na distinção entre "antes e depois" ou entre "sistema e meio ambiente"³³. Reflexividade e reflexão incluem-se no conceito mais abrangente de mecanismos reflexivos³⁴.

A *reflexividade* diz respeito à referência de um processo a si mesmo.

25. Luhmann, 1987a:59.

26. "Elementos são elementos apenas para os sistemas que os utilizam como unidade, e só o são através desses sistemas" (Luhmann, 1987a:43).

27. Luhmann, 1983b: 132.

28. Luhmann, 1983b: 131.

29. Luhmann, 1983b: 132.

30. Luhmann, 1987a:600s.

31. Luhmann, 1987a:600.

32. Daí porque a confusão entre autopoiese e auto-referência de base (cf. Luhmann, 1987a:602) deve ser relativizada e compreendida restritivamente no âmbito do modelo teórico-sistêmico de Luhmann.

33. Luhmann, 1987a:601s.

34. Cf. Luhmann, 1984a.

ou melhor, a processos sistêmicos da mesma espécie³⁵. Assim se apresentam a decisão sobre tomada de decisão, a normatização da normalização, o ensino do ensino etc.³⁶. Mas, formulado dessa maneira, o conceito resulta insuficiente para caracterizar a reflexividade de um sistema autopoietico. Em face disso, Luhmann tenta defini-lo mais exatamente: "De auto-referência processual ou reflexividade queremos falar apenas, então, se esse reingresso no processo é articulado com os meios do processo"³⁷. Pode-se, de acordo com o modelo sistêmico-teorético, formular de maneira mais rigorosa: reflexividade como mecanismo no interior de um sistema autopoietico implica que o processo referente e o processo referido são estruturados pelo mesmo código binário e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeiro reaparecem em parte no segundo. Por conseguinte, não é suficiente, por exemplo, indicar a normatização de normatização, pois a normatização religiosa ou ética da normatização jurídica, como também a referência normativa de um padrão de "Direito natural" à emissão de norma jurídico-positiva não representam, nesse sentido estrito, nenhuma reflexividade da produção normativa.

Na *reflexão*, que pressupõe auto-referência elementar e reflexividade, é o próprio sistema como um todo que se apresenta na operação auto-referencial, não apenas os elementos ou processos sistêmicos³⁸. Enquanto "teoria do sistema no sistema"³⁹, ela implica a elaboração conceitual da "identidade do sistema em oposição ao seu meio ambiente"⁴⁰.

35. A respeito, ver esp. Luhmann, 1987a:601 e 610-16. Distinguindo do conceito lógico de reflexividade, observa Luhmann (1984a: 109, nota 6): "Ele designa uma relação que preenche o pressuposto de que cada membro está para si mesmo na mesma relação que está para o outro [...]. Nós não nos atemos a essa definição, porque a identidade exata da relação reflexiva obstruiria justamente o argumento a que queremos chegar: o aumento da eficiência através de reflexividade. Aqui, por isso, um mecanismo deve ser considerado então como reflexivo, se ele tem em vista um objeto que é um mecanismo da mesma espécie, se, portanto, conforme a espécie, refere-se a si mesmo".

36. Luhmann, 1984a: 94-99.

37. Luhmann, 1987a:611. De acordo com Luhmann mesmo (ibid., nota 31), faltava essa distinção em sua anterior contribuição para esse tema, publicada primeiramente em 1966 (1984a).

38. Cf. Luhmann, 1987a:601, 1981h:423.

39. Luhmann, 1981h:422 e 446.

40. Luhmann, 1987a:620.

Trata-se, pois, de "uma forma concentrada de auto-referência"⁴¹, que possibilita a problematização da própria identidade do sistema⁴².

Enquanto em Luhmann, a autopoiese é concebida em três momentos interdependentes (auto-referência elementar, reflexividade e reflexão), Teubner vai propor um conceito mais abrangente, definindo-a como "enlace hipercíclico" de elemento, processo, estrutura e identidade⁴³. Parece-nos, porém, que o modelo luhmanniano de autopoiese não contraria a noção de "enlace hipercíclico", envolvendo também o momento estrutural. Luhmann não reduziu a reprodução autopoietica à auto-referência dos elementos, mas apenas fixou que essa é a forma mínima de autopoiese. E o que vai caracterizar exatamente a concepção dos sistemas autopoieticos é que ela parte dos aspectos operacionais, não se referindo primariamente à dimensão estrutural (autonomia).

Com relação aos sistemas sociais, enquanto se constituem a partir de uma conexão unitária (auto-referencial) de comunicações⁴⁴, a sociedade é o sistema mais abrangente. As unidades elementares da sociedade, as comunicações⁴⁵, que ela constitui através da síntese de informação, mensagem e compreensão⁴⁶, só estão presentes no interior da mesma, não em seu meio ambiente, de tal maneira que ela pode ser caracterizada como um sistema "real-necessariamente fechado"⁴⁷. Embora a reprodução de comunicações só se realize dentro da sociedade (fechamento auto-referencial), existem imprescindivelmente comunica-

ções sobre o seu meio ambiente psíquico, orgânico e químico-físico (abertura)⁴⁸.

O caráter autopoietico dos subsistemas da sociedade não pode, porém, ser esclarecido desse mesmo modo: a comunicação é a unidade elementar de todos os sistemas sociais; no meio ambiente de todos os subsistemas da sociedade, há comunicação; para esses sistemas parciais desenvolvem-se não apenas comunicações *sobre* o seu meio ambiente, mas também comunicações *com* o seu meio ambiente⁴⁹. Somente quando um sistema social dispõe de um específico código-diferença binário é que ele pode ser caracterizado como auto-referencialmente fechado (-> aberto ao meio ambiente)⁵⁰. Por meio de código sistêmico próprio, estruturado binariamente entre um valor negativo e um valor positivo específico, as unidades elementares do sistema são reproduzidas internamente e distinguidas claramente das comunicações exteriores⁵¹.

1.2. Direito como Sistema Autopoietico

A diferenciação do Direito na sociedade moderna pode ser interpretada, por conseguinte, como controle do código-diferença "lícito/ilícito" por um sistema funcional para isso especializado⁵². De acordo com o modelo luhmanniano, essa nova posição do Direito pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, ou seja, conforme o princípio da estratificação. Na medida em que o princípio de diferenciação baseava-se numa distinção entre "acima" e "abaixo", praticamente apenas o sistema supremo, a ordem política da camada social mais alta, constituía-se auto-referencialmente⁵³. O Direito permanecia sobredeterminado pela política e as representações morais estáticas, político-legitimadoras, não dispondo exclusivamente de um código-diferença específico entre um *sim* e um *não*. A positivação do Direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença "lícito/ilícito" *exclusivamente* pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira

41. Luhmann, 1981h:423.

42. Luhmann, 1982:59.

43. Teubner, 1987a:106ss., 1989:36-60. Cf. também idem, 1987b.

44. Luhmann, 1987a:92. Segundo Luhmann (1987a: 43s.), os sistemas sociais, unidades autopoieticas de comunicações, emergem de "cima", ou seja, constituem-se ao estabelecerem, em um outro plano, uma nova diferença entre sistema e meio ambiente. Não resultam, pois, da acumulação de elementos infra-estruturais, tais como consciência, seres humanos etc. Ao contrário, na distinção de Maturana e Varela (1980:107-11, 1987:196ss.) entre autopoiese de primeira, segunda e terceira ordem, os seres vivos apresentam-se como componentes dos sistemas sociais (emergência de "baixo"). Cf. também Teubner, 1989:40s. Vale advertir que o conceito de sociedade (gênero) de Maturana e Varela, primariamente biológico, é mais abrangente do que o de sociedade humana (espécie); cf. idem, 1980: XXIV-XXX, 1987:196ss.

45. Luhmann, 1987a:192s.

46. Luhmann, 1983b: 137. Ver também idem, 1987a:193ss.

47. Luhmann, 1987a:60s.

48. Luhmann, 1983b: 137.

49. Luhmann, 1983b:137s.

50. Cf. Luhmann, 1983b:134, 1987a:603, 1986a:83, 1986b:171s.

51. Sobre código binário em geral, ver Luhmann, 1986a:75ss.

52. Luhmann, 1986b:171. Cf. em relação aos sistemas sociais em geral, idem, 1986a:85s.

53. Luhmann, 1981g:159s.

seu fechamento operativo".

Nesse sentido, a positividade é conceituada como auto-determinação operacional do Direito⁵⁵. Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, (quase) privação de meio ambiente. Se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença "lícito/ilícito" conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo meio ambiente. Por outro lado, a auto-determinação do Direito fundamenta-se na distinção entre expectativas normativas e cognitivas⁵⁶, que só se tornou clara a partir da codificação binária da diferença entre lícito e ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico. Com base na distinção entre o normativo e o cognitivo, o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado e simultaneamente compatibilizado com sua abertura ao meio ambiente. A respeito escreve Luhmann: "Sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao meio ambiente. O Direito constitui, com outras palavras, um sistema *normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto* [...]. A qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do meio ambiente. A qualidade cognitiva serve à concordância desse processo com o meio ambiente do sistema"⁵⁷. Daí resulta uma conexão entre conceito e interesse na reprodução do Direito positivo. Ao mesmo tempo em que o sistema jurídico fatorializa a auto-referência por meio de conceitos, ele constrói sua heterorreferência através da assimilação de interesses⁵⁸.

Nesse contexto, o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com os seus próprios critérios, os *fatores* do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por propo-

54. Luhmann, 1986a:125s. Especificamente sobre o código binário do sistema jurídico, ver de forma abrangente idem, 1986b, 1993:165ss. Aqui deve ser lembrado que o Direito, na perspectiva de observação do sistema político, pode ser qualificado como um segundo código do poder político (idem, 1986b:199, 1988a:34,48ss., 56).

55. Cf. Luhmann, 1988b, 1983b, 1985, 1981h.

56. Luhmann, 1983b:138ss.

57. Luhmann, 1983b:139. Cf. também idem, 1984b:110ss.

58. Luhmann, 1990b:10. Cf. idem, 1993:393ss.

sições científicas⁵⁹, ela depende de processos seletivos de filtragem conceituais no interior do sistema jurídico⁶⁰. A capacidade de reciclagem (dimensão cognitivamente aberta) do Direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao meio ambiente complexo e "veloz". O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu meio ambiente, exige a "digitalização" interna de informações provenientes do meio ambiente. A diferenciação do Direito na sociedade não é outra coisa do que o resultado da mediação dessas duas orientações⁶¹. A alterabilidade do Direito é, desse modo, fortificada, não — como seria de afirmar-se com respeito a um fechamento indiferente ao meio ambiente — impedida; mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz, de reciclar-se, sensível ao seu meio ambiente⁶².

Nessa perspectiva, o fechamento auto-referencial, a normatividade para o sistema jurídico, não constitui finalidade em si do sistema, antes é a condição da abertura⁶³. A radicalização da tese do fechamento como falta de meio ambiente desconhece o problema central da capacidade de conexão (em contraposição à simples repetição) entre acontecimentos elementares⁶⁴. Só sob as condições de abertura cognitiva em face do meio ambiente (capacidade de reciclagem), o sistema jurídico pode tomar providências para desparadoxizar a auto-referência, possibilitando

59. Com relação especificamente ao conhecimento científico, afirma Luhmann (1985:17) em consonância com isso: "Seria, porém, seguramente fatal para o sistema jurídico — e sobretudo politicamente fatal — se ele pudesse ser revolucionado através de uma substituição de elementos teóricos centrais ou mediante uma mudança de paradigma". Cf. também idem, 1990d:593s. e 663s. Em contrapartida, na perspectiva singular de C. Souto e S. Souto, pode-se definir o Direito, em parte, *conforme os critérios do conhecimento científico* (cf. C. Souto e S. Souto, 1981: esp. 101 e 106-113; Souto, 1992:43-45, 1984:82-84 e 91s., 1978:85-117).

60. "Desenvolvimentos externos" — enfatiza Teubner (1982:21) — "não são, por um lado, ignorados, nem, por outro lado, convertidos diretamente, conforme o esquema 'estímulo-resposta', em efeitos internos". Nesse sentido, adverte o mesmo autor: "Autonomia do Direito refere-se à circularidade de sua auto-reprodução e não à sua independência causal do meio ambiente" (1989:47).

61. Luhmann, 1983b:152s

62. Cf. Luhmann, 1983b:136.

63. Luhmann, 1987a:606, 1993:76.

64. Luhmann, 1987a:62.

a capacidade de conexão⁶⁵. O fechamento cognitivo do sistema jurídico proporcionaria uma paradoxia insuperável da autopoiese, não permitiria, portanto, a interrupção da interdependência dos componentes internos através da referência ao meio ambiente⁶⁶.

Por outro lado, porém, a interrupção do fechamento normativo através do questionamento do código-diferença "lícito/ilícito" afetaria a autonomia do sistema jurídico, levaria a paradoxias heteronomizantes: "Se um sistema emprega uma diferença-guia como código da totalidade de suas operações, essa auto-aplicação do código ao código deve ser excluída. A auto-referência só é admitida dentro do código e, aqui, operacionalizada como negação. [...] A *autonomia* do sistema não é, então, nada mais do que o *operar conforme o próprio código*, e precisamente porque esse desparadoxiza a paradoxia da auto-referência"⁶⁷. De acordo com a concepção de Luhmann, a "auto-aplicação do código ao código" não implica apenas efeitos heteronomizantes, mas também imobilidade do sistema jurídico, na medida em que a capacidade de conexão da reprodução autopoietica é, dessa maneira, bloqueada.

Especialmente nesse ponto, emergem as divergências entre a teoria luhmanniana da positividade e as novas concepções axiológicas do Direito⁶⁸. Pressuposto que à positividade do Direito é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do Direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos "donos do poder", mas também a neutralização moral do sistema jurídico, torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior do sistema jurídico: "Todos os valores que circulam no discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevantes, ou valor próprio do Direito"⁶⁹. Portanto, a justiça só pode ser considerada conseqüentemente a partir do interior do sistema jurídico,

65. Cf. Luhmann, 1987a:59.

66. Cf. Luhmann, 1987a:65.

67. Luhmann, 1985:6. Em relação aos sistemas sociais em geral, cf. também idem, 1986a:76s. e 80s.

68. Ver sobretudo Luhmann, 1981k, 1988b, 1993:214ss.; e, a respeito, criticamente, Dreier, 1981. Cf. também como críticos do modelo luhmanniano Alexy, 1983:161-65; Günther, 1988:318-34; defendendo-o, Kasprzik, 1985.

69. Luhmann, 1988b:27. Daí porque Kasprzik (1985:368ss.) designa o enfoque de Luhmann de "desfundamentação". E de observar-se que a vigência do código "lícito/ilícito", diferença-guia da reprodução autopoietica do Direito conforme Luhmann, é também independente de uma "norma fundamental" (Kel-

seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência das decisões (justiça interna)⁷⁰. Trata-se, com outras palavras, por um lado (externamente), de abertura cognitiva adequada ao meio ambiente; por outro lado (internamente), da capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica. A positividade não se limita, pois, ao *deslocamento* dos problemas de fundamentação no sentido da ética do discurso habermasiano⁷¹. significa a eliminação da problemática da fundamentação. O fato de que o Direito preenche sua função perante um meio ambiente hipercomplexo, inundado das mais diversas expectativas normativas, exige, segundo Luhmann, um desencargo mais radical com respeito à fundamentação ética, seja ela material ou argumentativo-procedimental⁷². A relevância eventual de ponderações referentes a valores pretensamente universais teria como conseqüência a imobilidade do sistema jurídico, o bloqueio de sua tarefa seletiva, portanto, efeitos disfuncionais. Em suma: nos termos da concepção luhmanniana da positividade do Direito, isto é, fechamento normativo e abertura cognitiva do Direito moderno, o problema da justiça é reorientado para a questão da *complexidade* adequada do sistema jurídico e da *consistência* de suas

sen) ou de uma "norma de reconhecimento" (Hart). Cf. Luhmann, 1983b: 140s.; Günther, 1988:328.

70. Luhmann, 1988b:26s. Cf. também idem, 1981k:388ss, 1993:225.

71. "A função própria da positividade consiste em *deslocar problemas de fundamentação*, portanto, em descarregar a aplicação técnica do Direito, *sobre amplos espaços*, de problemas de fundamentação, mas não em eliminar a problemática da fundamentação" (Habermas, 1982b:359). Mais tarde, a oposição à concepção luhmanniana da positividade como autonomia sistêmica vai ser expressa de forma mais vigorosa: "Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si sozinho. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantem formação imparcial de julgamento e vontade, e, por esse caminho, proporcionam a uma racionalidade ético-procedimental ingresso igualmente no Direito e na política" (Habermas, 1987a: 16). Fundamentando essa posição, ver, mais recentemente, idem, 1992:571 ss.

72. Segundo Luhmann (1981k:389, nota 33), "... formas discursivo-racionais de esclarecimento de posições valorativas aceitáveis ou inaceitáveis ficam hoje encravadas no domínio do mero vivenciar. O pressuposto central da filosofia prática, segundo o qual, ao argumentar-se sobre o que hoje se designa de valores, poderia compreender-se melhor o *agir*, não é mais defensável nas condições hodiernas de um mundo muito mais rico em possibilidades".

decisões.

1.3. A Alopoiese do Direito

O modelo luhmanniano do *Direito moderno* (positivo) como *sistema autopoiético* é, numa perspectiva empírica, *suscetível de restrições*. A determinação alopoiética do Direito prevalece na maior parte da sociedade moderna (mundial)⁷³. Inicialmente cabem alguns esclarecimentos.

Ao contrapor-se à autopoiese a alopoiese, não se trata de uma discussão sobre a superação lógica da paradoxia da auto-referência⁷⁴. Nesse sentido orientou-se o debate entre Hart e Ross sobre a possibilidade lógica da auto-referência no Direito⁷⁵. De um lado, Hart fazia objeções à resposta de Kelsen ao argumento de que a série infinita de sanções na relação entre normas sancionadoras e sancionadas estaria em contradição com a noção de Direito como ordem coativa⁷⁶; por outro lado, contestava a tese, sustentada por Ross, de que a reforma constitucional das normas constitucionais referentes à reforma da Constituição configuraria "um absurdo lógico"⁷⁷. Hart apresentava o argumento conclusivo de que o Direito não constitui um sistema de proposições no sentido lógico e, por conseguinte, admite auto-referência⁷⁸.

Nos termos da concepção sistêmico-teórico da autopoiese, a auto-referência pertence à realidade do Direito como sistema social, não sendo tratada como um problema lógico. O conceito de auto-referência é "retirado de seu clássico posto na consciência humana ou no sujeito e transposto para o domínio dos objetos, a saber, para os sistemas reais como objeto da ciência"⁷⁹. Daí resulta "uma certa distância em relação às dificuldades puramente lógicas da auto-referência"⁸⁰. Nesse contexto não é mais o pensamento sobre o Direito que é considerado como auto-referencialmente constituído, mas sim o próprio Direito⁸¹. A auto-refe-

rência autopoiética não é, então, um problema a ser superado, mas sim uma condição imprescindível à unidade operacional e estrutural do sistema jurídico.

Também não partimos aqui de uma distinção radical entre sistemas auto-referentes e alo-referentes no sentido da concepção biológica de Maturana, conforme a qual se distinguem, respectivamente, os sistemas que só podem ser caracterizados com referência a si mesmos e os sistemas que só podem ser caracterizados com referência a um contexto⁸². No caso dos sistemas sociais, a autopoiese operacional é combinada com a referência cognitiva ao meio ambiente. A heterorreferência informativa é pressuposto da auto-referência operacional e vice-versa. No sistema jurídico, isso significa, como observamos no item anterior, a conexão entre fechamento normativo e abertura cognitiva. O Direito enquanto sistema autopoiético é, ao mesmo tempo, normalmente simétrico e cognitivamente assimétrico⁸³. Só quando há uma assimetria externa ao nível da orientação normativa é que surge o problema da alopoiese como negação da auto-referência operacional do Direito. Derivado etimologicamente do grego *alo* ("um outro", diferente) + *poiesis* ('produção', 'criação'), a palavra designa a (re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio ambiente. O respectivo sistema é determinado, então, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente. Por outro lado, bloqueio alopoiético do sistema é incompatível com capacidade de reciclagem (abertura cognitiva) e, por conseguinte, com a própria noção de referência ao meio ambiente como interrupção da interdependência dos componentes sistêmicos.

A crítica à noção luhmanniana da autopoiese do sistema jurídico desenvolveu-se sobretudo entre os autores vinculados à concepção pós-modernista do Direito⁸⁴. Em Ladeur, argumenta-se no sentido da pluralidade do discurso jurídico, criticando-se o conceito de Direito como generalização congruente de expectativas normativas, porque tal con-

73. A respeito, ver Neves, 1992.

74. Cf. Teubner, 1989:14s.

75. Hart, 1983; Ross, 1959:80-84, 1969.

76. Cf. Hart, 1983:170-73; Kelsen, 1946:28s.

77. Ross, 1959:80ss., 1969:esp. 4s., 20s. e 23s.; Cf. Hart, 1983:175ss.

78. Cf. Hart, 1983:177s.

79. Luhmann, 1987a:58.

80. Luhmann, 1987a:58.

81. Teubner, 1989:18.

82. Maturana. in: Maturana e Varela, 1980 XIII.

83. Luhmann, 1984b:111. Em relação aos sistemas sociais em geral, cf. idem, 1987a:65 e 262.

84. Cf. Teubner, 1982, 1987a, 1987b, 1988, 1989; idem e Willke. 1984; Ladeur, 1983. 1984: esp. 153ss. e 222ss. 1985, 1986, 1990, 1991, 1992:esp. 80ss. A respeito, ver também Neves, 1992:41-44. Em outro contexto, v. Ost, 1986.

ceito estaria associado a uma concepção instrumental da linguagem como "sistema de signos"⁸⁵ e, portanto, não tomaria em consideração a heterogeneidade e descontinuidade histórica dos "jogos de linguagem"⁸⁶. Disso resulta que não se fala de consenso (suposto), mas sim de compatibilização do dissenso⁸⁷. A autopoiese é flexibilizada, na medida em que o plano da virtualização de estrutura e função⁸⁸ possibilita o emalramento dos diversos sistemas sociais, o que exige "uma cultura jurídica da incerteza"⁸⁹. Ladeur sustenta a pluralização em vez da unidade do Direito⁹⁰, assim como o caráter constitutivo da *desordem* para a "ponderação" (*abwägung*) como paradigma jurídico⁹¹. Mas mantém o conceito de autopoiese. Ela é interpretada situativamente a partir da "crescente heterogeneidade e diferenciação das arenas do agir social e administrativo"⁹², exigindo aplicação situativo-tópica do Direito ("ponderação")⁹³; não é negada: a reprodução autopoietica realizar-se-ia nos termos de "uma lógica local" para a dogmática⁹⁴. Apenas haveria uma pluralização da autopoiese.

O modelo pós-modernista proposto por Teubner e Willke aponta em outra direção. Na tentativa de compatibilizar a teoria dos sistemas de Luhmann com a teoria do discurso de Habermas, apresenta-se a noção de "Direito reflexivo", o qual surgiria como uma reação à diferenciação funcional da sociedade (Luhmann) e como "Constituição exterior" para a auto-reflexão nos outros sistemas sociais (Habermas)⁹⁵. O "Direito reflexivo" é concebido, então, como uma síntese superadora dos limites do

85. Cf. Ladeur, 1985:415 e 417s., nota 131. Recuando nessa crítica, cf. idem, 1992:127s.

86. Cf. Ladeur, 1986:268, nota 8.

87. Cf. Ladeur, 1986:273.

88. Cf. Ladeur, 1985:414.

89. Ladeur, 1985:423. A respeito, ver mais recentemente idem, 1990, 1991, 1992.

90. Ladeur, 1983: esp. 479ss., 1984.

91. Ladeur, 1983:478. Como aplicação dessa concepção teórica a uma questão constitucional concreta, ver idem, 1987; e. em controvérsia, Blanke, 1987.

92. Ladeur, 1986:273.

93. Ladeur, 1983:472. Cf. também idem, 1984: esp. 205ss.

94. Ladeur, 1985:426.

95. Teubner e Willke, 1984:24-30; Teubner, 1982:44-51. A respeito, ver em diversas perspectivas as críticas de Luhmann, 1985; Nahamowitz, 1985; Münch, 1985.

Direito formalmente racional e da racionalidade jurídica material⁹⁶. No primeiro caso, haveria uma insensibilidade em relação ao contexto social; o direito materialmente racional, por sua vez, não responderia adequadamente à diferenciação da sociedade e não proporcionaria a autonomia do sistema jurídico. O Direito reflexivo regularia o contexto social *autônomo*, respeitando a dinâmica própria dos outros subsistemas sociais, mas impondo-lhes restrições possibilitadoras da combinação de todas as partes, restrições essas que funcionariam, para cada sistema-parte, como "regras do contexto"⁹⁷. Divergindo do modelo de Luhmann, essa construção pressupõe que os subsistemas sociais não se encontram apenas em relações de observação recíproca, admitindo também *interferências* intersistêmicas⁹⁸. Não se nega, porém, a autopoiese do sistema jurídico; ao contrário, afirma-se a dupla autopoiese do Direito e dos demais subsistemas da sociedade⁹⁹.

No desenvolvimento de sua concepção jurídica pluralista e pós-moderna, Teubner vai distinguir entre Direito autopoietico, Direito parcialmente autônomo e Direito socialmente difuso¹⁰⁰. Parte-se da concepção de que o sistema jurídico autopoietico constitui-se do entrelaçamento entre os componentes sistêmicos, a saber, procedimento jurídico (processo), ato jurídico (elemento), norma jurídica (estrutura) e dogmática jurídica (identidade). No caso do Direito parcialmente autônomo, haveria a auto-referencial constituição dos respectivos componentes sistêmicos, não surgindo, porém, o enlace hiperdeico entre eles. Ou seja, haveria (re)produção auto-referencial dos atos jurídicos entre si, das normas entre si, dos procedimentos entre si, dos argumentos e proposições dogmáticas entre si, mas esses diversos componentes sistêmicos não se entrelaçariam num hiperciclo autopoietico. Por fim, teríamos o direito socialmente difuso, no qual os componentes sistêmicos são produzidos sem diferenciação jurídica, ou seja, simplesmente como conflito (processo), ação (elemento), norma social (estrutura) e imagem do mundo (identidade). Ao distinguir esses três tipos de constituição e

96. Cf. Teubner e Willke, 1984:19ss.; Teubner, 1982:23ss.

97. Teubner e Willke, 1984:7.

98. Teubner, 1988:52ss., 1989:96ss. Cf. acima nota 50 do Cap. II.

99. Cf. Teubner, 1988:46-48, 1989:88ss. A respeito, v. criticamente Nahamowitz, 1990. Replicando-o, Luhmann, 1991b. Distanciando-se de ambas posições, Kargl, 1991.

100. Cf. Teubner, 1989:49ss., especialmente o sugestivo quadro da pág. 50; idem, 1987a:106ss. (o mesmo quadro à pág. 108), 1987b:432ss.

(re)produção dos componentes do sistema jurídico. Teubner é levado à seguinte aporia: tratando-se do mesmo âmbito de vigência, como se resolvem os conflitos entre os três diversos tipos sistêmicos do Direito? Ele responde com o conceito de Direito inersistêmico de colisão¹⁰¹, inclusive para "o conflito entre ordem jurídica estatal e *ordens sociais plurais quase-jurídicas*". A questão, contudo, permanece: O Direito intersistêmico de colisão constitui sistema autopoietico, ordem jurídica parcialmente autônoma ou Direito socialmente difuso? Caso se trate de uma dessas duas últimas formas, não haveria, a rigor, Direito autopoietico; se, ao contrário, for caracterizado como Direito autopoietico, não haveria exatamente Direito parcialmente autônomo ou socialmente difuso.

Quando falamos de Direito alopoiético, referimo-nos ao próprio Direito estatal, territorialmente delimitado. Procuramos observar que não se desenvolve, em determinado âmbito de vigência espacial delimitado fixamente, a diferenciação funcional suficiente de uma esfera do agir e do vivenciar jurídico, ou seja, não se constrói um sistema auto-referencial apto a. de maneira congruentemente generalizada no domínio da respectiva sociedade, orientar as expectativas normativas e direcionar as ações em interferência intersubjetiva. Não se trata, pois, do modelo tradicional do pluralismo jurídico, no qual se distinguiria Direito "oficial" autônomo(?) de esferas jurídicas construídas informalmente e de modo difuso. Em primeiro lugar, tal distinção nos conduz à já referida aporia insuperável quanto aos mecanismos de solução dos conflitos intersistêmicos, pois a prevalência de um dos modelos jurídicos implica a absorção do outro. Por outro lado, a concepção pluralista pós-moderna, de origem européia, procura apontar para a relação de mecanismos extrastatais "quase-jurídicos" com um Direito estatal operacionalmente autônomo. Em nosso caso, pretendemos considerar algo mais radical, a própria falta de autonomia operacional do Direito positivo estatal. Isso significa a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não-ter) e do político (poder/não-poder), sobre o código "lícito/ilícito", em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito.

Ao afirmar-se o intrincamento dos códigos e critérios de preferência das diversas esferas da vida social (economia, poder, etc.) com o código-deferência e os critérios do Direito, não se desconhece que sempre há um

101. Teubner, 1989:123ss.

102. Teubner. 1989:135-38.

condicionamento de todo e qualquer sistema autopoietico pelo seu meio-ambiente, e que isso constitui pressuposto da conexão auto-referencial dos componentes intra-sistêmicos. Mas, nesse caso, há a "comutação" ou "digitalização" dos fatores externos pelo código e o critério do respectivo sistema. É na capacidade de "releitura" própria das determinantes meio-ambientais que o sistema afirma-se como autopoietico. Na medida em que, ao contrário, os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença "lícito/ilícito" e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc, cabe, sem dúvida, sustentar a existência da alopoiese do Direito. Aqui não se trata de bloqueios eventuais da reprodução autopoietica do Direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do Direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente, inclusive no que se refere a um pretense Direito extra-estatal socialmente difuso.

Como veremos mais adiante, a alopoiese afeta a auto-referência de base (elementar), a reflexividade e a reflexão como momentos constitutivos da reprodução operacionalmente fechada do sistema jurídico. Atinge também a heterorreferência, ou seja, a função e prestações do Direito. Conforme o modelo de Teubner, a alopoiese implica, em primeiro lugar, a não constituição ou o bloqueio generalizado do entrelaçamento hipercíclico dos componentes sistêmicos (ato, norma, procedimento e dogmática jurídicos). Mas pode significar algo mais: a não constituição auto-referencial de cada espécie de componentes sistêmicos. Nesse caso, as fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente social não só se enfraquecem, elas desaparecem.

2. Constitucinalização Simbólica como Sobreposição do Sistema Político ao Direito

Ao definir-se a Constituição como vínculo estrutural entre Direito e política (ver Cap. II. 1.3.1), pressupõe-se a autonomia operacional de ambos esses sistemas. A Constituição apresenta-se então como mecanismo de interpenetração e interferência entre dois sistemas sociais autopoieticos, possibilitando-lhes, ao mesmo tempo, autonomia recíproca. Correspondentemente, concebida como instância interna do sistema

jurídico (Direito constitucional), ela caracteriza-se como mecanismo de autonomia operacional do Direito (ver Cap. II. 1.3.3). Nesse caso, tem-se em vista especificamente o processo de constitucionalização como distintivo do "Estado de Direito" moderno.

Tratando-se, porém, das "constituições instrumentalistas" e "simbólicas" (ver cap. II. 6), há uma expansão da esfera do político em detrimento do desenvolvimento autônomo de um código específico de diferença entre lícito e ilícito. No caso típico de "instrumentalismo constitucional", a subordinação heteronomizante do sistema jurídico ao código primário do poder (superioridade/inferioridade)¹⁰³ sucede diretamente através do processo de estabelecimento de textos constitucionais ou de leis "supraconstitucionais" de exceção. Nas situações-limite de totalitarismo e autoritarismo, isso significa que os detentores do poder não ficam vinculados a mecanismos jurídicos de controle previstos nas respectivas leis constitucionais, seja porque as próprias disposições (supra-) constitucionais excluem os órgãos políticos supremos de qualquer limitação ou controle jurídico, ou porque ocorrem mudanças casuísticas da Constituição no sentido de impedir a invocação dos eventuais instrumentos de controle. E, portanto, a nível da própria emissão de leis (supra-) constitucionais que se impede o desenvolvimento do código-diferença "lícito/ilícito" como segundo código do poder. Dos próprios textos normativos constitucionais, sem qualquer distância em relação à realidade constitucional¹⁰⁴, decorre o bloqueio heterônomo da reprodução dos componentes do sistema jurídico. Tal situação pode estar vinculada à predominância de uma ideologia totalitária que elimine qualquer autonomia à esfera do jurídico¹⁰⁵; mas é possível que esteja associada a interesses mais concretos de minorias privilegiadas, sem consistência "ideológica"¹⁰⁶.

103. "O poder político é antes de tudo codificado hierarquicamente de acordo com o esquema poder superior/inferior" (Luhmann, 1986b:199). Cf. acima nota 53 do Cap. II.

104. Por isso as "Constituições instrumentalistas" implicam o "realismo constitucional", significando isso que não há distinção entre *sistema jurídico* constitucional e seu *meio ambiente político*. Cf. acima nota 194 do Cap. II.

105. Daí a distinção de Luhmann (1984c:193-96) entre "Estados de Direito" e sistemas integrados ideologicamente.

106. Os regimes autoritários latino-americanos têm sido caracterizado, com razão, pela falta de uma "ideologia" consistente de sustentação. Cf. p. ex., Cheresky, 1980: esp. 1976; Loewenstein, 1942:125ss., em relação específica ao

No caso de constitucionalização simbólica, a politização adiferenciante do sistema jurídico não resulta do conteúdo dos próprios dispositivos constitucionais. Ao contrário, o texto constitucional proclama um modelo político-jurídico no qual estaria assegurada a autonomia operacional do Direito. Mas do sentido em que se orienta a atividade constituinte e a concretização do texto constitucional resulta o bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico. Ao texto constitucional, numa proporção muito elevada, não corresponde expectativas normativas congruentemente generalizadas e, por conseguinte, consenso suposto na respectiva sociedade. A partir da sua emissão não se desenvolve uma Constituição como instância reflexiva do sistema jurídico.

Com relação à legislação simbólica, Kindermann também acentua que se trata de um mecanismo de negação da diferença entre sistemas político e jurídico, em detrimento da autonomia do último¹⁰⁷. Mas, nesse caso, cogita-se, em princípio, de aspectos parciais ou setoriais do sistema jurídico. A constitucionalização simbólica, que afeta as estruturas fundamentais da Constituição e não determinados dispositivos constitucionais isolados, é um mecanismo que põe a autonomia do Direito globalmente em questão. Deve-se observar aqui a abrangência dos temas constitucionais nas dimensões material, social e temporal: 1) o Direito Constitucional refere-se imediata ou mediatamente a todos os ramos do Direito; 2) o consenso ("suposto") em torno da base constitucional é pressuposto da institucionalização das normas infra-constitucionais e respectivos procedimentos; 3) a continuidade normativa da Constituição é condição da alterabilidade juridicamente regulada e reciclagem permanente das normas infra-constitucionais às novas exigências do meio ambiente. Consequentemente, em não havendo suficiente relevância normativo-jurídico dos textos constitucionais, compromete-se o Direito como um sistema autônomo fundamentado na congruente generalização de expectativas normativas nas dimensões material, social e temporal¹⁰⁸.

Enquanto sobreposição do sistema político ao jurídico, a constitutiveregime Vargas; Neves, 1992:187s.

107. Cf. Kindermann, 1989:270.

108. Sobre normação, institucionalização e identificação de sentido como mecanismos de generalização das expectativas normativas respectivamente nas dimensões temporal, social e material, v. Luhmann., 1987b: 53-106.

cionalização simbólica não se apresenta apenas como mecanismo de bloqueio do Direito pelo código-diferença primário do poder, "superioridade/inferioridade", ou seja, não tem um sentido puramente negativo. Através do discurso constitucionalista, da referência retórica ao texto constitucional, é possível, com êxito maior ou menor, construir-se perante o público a imagem de um Estado ou um governo identificado com os valores constitucionais, apesar da ausência de um mínimo de concretização das respectivas normas constitucionais. Trazendo a esse contexto palavras de Luhmann, trata-se de um caso típico de "exploração" do sistema jurídico pela política¹⁰⁹. Não se configura aqui uma "exploração" eventual ou em aspectos isolados, mas sim uma "superexploração" generalizada. Daí porque se fala de "sociedade hiperpolitizada" em casos de constitucionalização simbólica¹¹⁰.

O fato da subordinação do Direito ao poder político no contexto da constitucionalização simbólica não deve, entretanto, levar à ilusão da autonomia do sistema político. Tendo em vista que o pressuposto de tal autonomia, o desenvolvimento da diferença "lícito/ilícito" como segundo código do poder¹¹¹, não se realiza satisfatoriamente no âmbito da constitucionalização simbólica, o poder político sofre injeções particularistas as mais diversas, tornando-se ineficiente com respeito à sua função de decidir de forma vinculatória generalizada. Não havendo um sistema normativo-jurídico constitucional efetivo que se possa invocar legitimatoriamente para descarregar-se e inumizar-se das pressões concretas de "cima" e de "baixo", os respectivos governantes (em sentido amplo) ficam suscetíveis às influências dos interesses particularistas, surgindo daí mecanismos instáveis e compensatórios de "legitimação". Principalmente no que se refere às injeções do código "ter/não-ter" (economia), observa-se claramente a fraqueza do sistema político em si-

109., Cf. Luhmann, 1983b: 150.

110. Cf. Villegas, 1991:16, tratando da eficácia simbólica da Constituição colombiana. Evidentemente, a "hiperpolitização" que envolve a constitucionalização simbólica também resulta da permanente invocação do texto constitucional no discurso dos grupos políticos e movimentos sociais interessados efetivamente na transformação das relações reais de poder; mas não nos parece adequado aplicar a esse caso o "conceito de uso alternativo do Direito", eis que ao texto constitucional não corresponde concretização normativa (cf, em sentido contrário, Villegas, 1991:11s).

111. Cf. Luhmann, 1986b:199, 1988a: esp. 34, 48ss., 56. Ver também acima nota 103 deste Cap.

tuações de constitucionalismo simbólico, um problema típico do Estado periférico (ver item 6 deste Cap.). Nesse sentido, a constitucionalização simbólica também se apresenta como um mecanismo ideológico de encobrimento da falta de autonomia e da ineficiência do sistema político estatal, principalmente com relação a interesses econômicos particularistas. O Direito fica subordinado à política, mas a uma política pulverizada, incapaz de generalização consistente e, pois, de autonomia operacional.

3. Constitucionalização Simbólica *versus* Auto-Referência Consistente e Hetero-Referência Adequada do Sistema Jurídico

A concepção do Direito como sistema autopoietico pressupõe a assimetria entre complexidade do sistema jurídico e supercomplexidade do meio ambiente na sociedade moderna¹¹². Diante da complexidade não-estruturada ou indeterminada /indeterminável do meio ambiente, o Direito positivo construiria complexidade sistêmica estruturada ou determinada /determinável¹¹³. Para isso, exige-se tanto a auto-referência consistente do sistema jurídico com base no código de diferença entre lícito e ilícito quanto a heteroreferência adequada ao correspondente meio ambiente, a tal ponto que o problema da justiça interna e externa é reduzido, respectivamente, à questão desses dois modos de referência sistêmica¹¹⁴.

A auto-referência implica três momentos sistêmicos: a auto-referência *de base* ou elementar, a reflexividade (auto-referência processual) e a reflexão. A auto-referência *de base* significa a capacidade de conexão consistente entre os elementos constituintes do respectivo sistema; por reflexividade entende-se que processos referem-se a processos com base no mesmo código sistêmico de referência; a reflexão em sentido estrito significa que o sistema reflete sobre a sua própria identidade (cf. pp. 116ss.).

112. Cf. Luhmann, 1975b: esp. 210s.

113. Sobre a distinção entre complexidade estruturada e não-estruturada, ver Luhmann, 1987a:383, 1987b:6s. Paralelamente, ele distingue entre complexidade indeterminada/indeterminável e determinada/determinável (cf, p. exemplo, idem, 1971:300-302, 1975b:209ss.). Bertalanffy (1957:9) falava analogamente de complicação desorganizada e organizada.

114. Luhmann, 1988b:26s. Cf também idem, 1981k:388ss., 1993:225ss.

Ao tratarmos desses três momentos da auto-referência do sistema jurídico em trabalho anterior, relacionamo-las respectivamente aos conceitos de legalidade, constitucionalidade e legitimação (no sentido sistêmico)¹¹⁵. A *legalidade*, nessa perspectiva, define-se dinamicamente como capacidade de conexão consistente das unidades elementares do sistema jurídico (comunicações, atos jurídicos) com base no mesmo código *generalizada (includente)* de diferença entre lícito e ilícito¹¹⁶. Nesse caso, há redundância operacional em face da variedade do meio ambiente¹¹⁷. A *constitucionalidade* é concebida como o mecanismo mais abrangente de *reflexividade* no interior do sistema jurídico, ou seja, como a normatização mais compreensiva de processos de normatização do Direito positivo (cf. Cap. II. 1.1.1). A *reflexão* enquanto referência do sistema à sua própria identidade manifesta-se em dois níveis de abstração: a *dogmática jurídica* como reflexão limitada, eis que prevalece o princípio da "inegabilidade dos pontos de partida de cadeias de argumentação" ("proibição de negação" da identidade do sistema)¹¹⁸; a *teoria do Direito* como "abstração de abstração" (reflexão abrangente), na qual é admitido o questionamento da identidade do sistema¹¹⁹. A refie-

115 Cf. Neves, 1992:182ss.

116. Não se trata, pois, simplesmente de concordância entre lei ou "Direito escrito" e comunicações jurídicas. A essa concepção estática da legalidade corresponde a dicotomia 'ordem legal *versus* ordem social', usual tanto entre "juristas" quanto entre "típicos" sociólogos do Direito (cf., por ex., Falcão, 1984). A legalidade é concebida a partir do *texto* legal, cujo caráter não-social é sugerido. A essa concepção subjaz, o dualismo liberal 'Estado/sociedade', no qual se encobre que o Estado é um subsistema ou sistema *funcional* da sociedade (cf. Luhmann, 1965:29ss., 1981j:19). De fato, a relação harmônica entre texto legal e comunicações jurídicas é, antes, uma expressão jurídico-lingüística da legalidade (cf. Neves, 1992:185s.)

117 Sobre a relação equilibrada entre redundância ("cristal") e variedade ("fumaça") como condição de autonomia dos sistemas, ver Atlan, 1979: esp. 43. Cf. também Neves. 1992:8(s. e 184s.

118. Luhmann, 1974: 15. A respeito, ver Ferraz Jr., 1980:95ss.

119. Luhmann, 1974:13, aqui ainda incluindo a teoria do Direito no sistema científico. Posteriormente, a teoria do Direito vai ser definida como auto-reflexão do sistema jurídico (idem, 1981h; cf. também 1987b: 36(ss., 1986c: 19). Se em caso de reflexão, "a identidade do sistema deve ser problematizada, pode, portanto, aparecer como negável" (Luhmann, 1982:59), apenas a teoria do Direito constituiria, a rigor, instância de reflexão do sistema jurídico, não a dog-

xão, por outro lado, fica vinculada à *legitimação* em sentido sistêmico, definida como capacidade do sistema de orientar e reorientar as expectativas normativas com base nas suas próprias diferenças e critérios.

A constitucionalização simbólica implica problemas de reprodução do Direito nos três momentos de sua auto-referência. A falta de força normativa do texto constitucional conduz à insuficiência de legalidade e constitucionalidade na prática jurídica e, correspondentemente, no plano de reflexão, ao problema da desconexão entre a prática constitucional e as construções da dogmática jurídica e da teoria do Direito sobre o texto constitucional.

O princípio da legalidade, proclamado no texto constitucional, não se realiza suficientemente através da conexão consistente das comunicações jurídicas (atos jurídicos) com base exclusivamente no código-diferença "lícito/ilícito". A legalidade, que implica igualdade perante a lei (cf. nota 172 do Cap. II), transforma-se fundamentalmente numa figura de retórica do discurso do poder. O bloqueio do processo de concretização constitucional resulta da predominância de outros códigos binários de preferência, principalmente dos códigos-diferença "poder/não poder" e "ter/não ter", sobre o código "lícito/ilícito". Não se desenvolve a capacidade de conexão generalizada das comunicações como unidades elementares de um sistema operacionalmente autônomo, sobressaindo-se o problema da ilegalidade na prática constitucional, encoberto tanto pela retórica legalista dos ideólogos do sistema de poder quanto pelo discurso antilegalista dos seus críticos.

Nas condições de constitucionalização simbólica, a noção de constitucionalidade como reflexividade mais abrangente no interior do sistema jurídico também é afetada. Na medida em que o texto constitucional não se concretiza normativamente de forma generalizada, impossibilita-se o desenvolvimento de Constituição como normatização mais compreensiva de processos de normatização dentro do sistema jurídico. A paradoxia da "realidade constitucional inconstitucional"¹²⁰ importa uma prática política na qual se adotam ou rejeitam os critérios normativos procedimentais previstos no texto constitucional, conforme ele corresponda ou não à constelação de interesses concretos das relações de poder. O problema não se reduz à questão da inconstitucionalidade das leis ou "atos normativos", sempre suscetível, num grau maior ou me-

mática jurídica. Mas no sentido menos estrito do termo, trata-se de dois níveis de reflexão do Direito.

120. Grimm, 1989:637.

nor, de uma solução mediante os respectivos mecanismos de controle da constitucionalidade. Ele torna-se relevante ao nível de práticas informais descaracterizadoras dos próprios procedimentos constitucionais (p. ex., prisão sem o correspondente *due process of law*, deturpação do procedimento eleitoral, prática judicial corrupta, parlamento como foco da criminalidade organizada). Nessas circunstâncias, a noção de "ordem constitucional" perde em sentido prático-jurídico, sendo, porém, invocada particularisticamente nos casos de instabilidade da ordem política real subjacente. Em tal contexto, a constitucionalidade, que implicaria generalização includente da normatização constitucional, converte-se amplamente em figura de retórica, não só no discurso do *status quo*, como também, em certa medida, na práxis discursiva dos grupos interessados por transformações reais das relações de poder.

Considerado que a legalidade (auto-referência de base) e a constitucionalidade (reflexividade) são condições imprescindíveis para uma (auto-) reflexão consistente sobre a identidade do sistema jurídico e vice-versa, a construção de uma dogmática jurídica e também de uma teoria do Direito relevante na práxis constitucional fica prejudicada em situações de constitucionalização simbólica. Nesse contexto de falta de auto-referência elementar e processual, não se desenvolve suficientemente uma dogmática jurídico-constitucional que esteja em condições de, conforme o modelo luhmanniano, preencher satisfatoriamente sua função de "controle de consistência em relação à decisão de outros casos" e, nos limites dessa função, definir com relevância prática "*as condições do juridicamente possível*", a saber, as possibilidades de construção jurídica de casos jurídicos"¹²¹. As abstrações conceituais da dogmática jurídica e as "abstrações de abstrações" da teoria do Direito não se refletem na práxis jurídico-constitucional, na medida em que constelações concretas de interesses impedem uma consistente interdependência das decisões. Daí surge o desvio retórico da cultura jurídica, assim como, freqüentemente, a discussão constitucional orientada basicamente pelas questões e casos jurídico-constitucionais da experiência estrangeira. Em linguagem psicanalítica, trata-se, então, de reações sublimadoras diante da realidade constitucional rejeitante?

Com a incapacidade de (auto-) reflexão consistente do sistema jurídico-constitucional relaciona-se o problema da legitimação. Aqui não nos queremos referir simplesmente ao papel legitimatório das teorias ju-

121. Luhmann, 1974:19. No mesmo sentido, ver Ferraz Jr., 1980: 99ss.

rídicas para o Direito enquanto sistema normativo¹²². Pretendemos enfatizar que, nos casos de constitucionalização simbólica, a insuficiente reflexão da indetentidade sistêmica ou a ineficiente definição das "condições do juridicamente possível" pela dogmática constitucional e a teoria do Direito constitui fator negativo da orientação generalizada das expectativas normativas pelo texto constitucional. Não se trata do conceito weberiano de legitimidade racional (moderna) como "crença na legalidade"¹²³, nem da concepção de legitimidade como reconhecimento de decisões obrigatórias (consenso fático)¹²⁴. Também não interessam aqui concepções axiológicas de legitimidade com pretensão de universalidade, como o modelo habermasiano da fundamentação do proce-

122. Nesse sentido, afirma Eder (1986:20): "Teorias jurídicas não explicam, elas legitimam o sistema jurídico. Decisiva é sua função legitimatória e não sua verdade",

123. Weber, 1985: esp. 19s., 124, 822; cf. também idem, 1968b: 215ss. Com posição crítica a respeito, ver Habermas, 1973:133ss., 1982W: 354ss. Divergindo da interpretação dominante, Winckelmann (1952:72s. e 75s.) sustenta o fundamento "racional-valorativo" no conceito weberiano de legitimidade. Por outro lado, Schluchter (1979: 155ss.) relaciona a noção de "princípios jurídicos" com a "ética da responsabilidade". Contra essas duas interpretações referentes a valores, cf, respectivamente, Habermas, 1973:136-38, 1982W: 361, nota 197. Mas também não é fundamentável a afirmação de Luhmann (1965: 140, nota 12) de que Weber veria o problema da legitimidade "somente na efetividade da dominação". Ele mesmo acentua em outra passagem que a legitimidade, segundo Weber, "seria simplesmente a *consequência da crença fática no princípio da legitimação*" (144). A efetividade seria, nesse sentido, apenas um indício da legitimidade.

124. Sobre essa concepção dominante, que deve ser distinguida da weberiana, principalmente porque não se refere apenas à crença no *exercício legal* da dominação, mas também considera a crença no *título* jurídico ou *princípios* jurídicos do poder, cf. Friedrich, 1960; Heller, 1934:175ss., 191, 221. Nesse contexto, ver, para a distinção entre "legitimidade" como qualidade do título do poder e "legalidade" como qualidade do exercício do poder, Bobbio, 1967: esp. 48s. Correspondentemente, a legitimidade é reduzida à legalidade no "Estado de Direito Democrático", na medida em que as "leis" são concebidas como "expressão da vontade popular formada democraticamente" (Preuss, 1984:28). Criticamente a respeito de teorias "participatórias" da legitimação, ver Luhmann, 1987d.

dimento jurídico através de uma moral processual¹²⁵. É relevante apontar que, no contexto da constitucionalização simbólica, a orientação e reorientação generalizada das expectativas normativas conforme critérios e procedimentos próprios do sistema jurídico, especialmente do Direito Constitucional, não se realiza de maneira generalizada e permanente. Do figurino constitucional não decorre legitimação do sistema jurídico no sentido de Luhmann, o que pressuporia uma Constituição envolvida nos três momentos da auto-referência do Direito¹²⁶. É inegável que o texto constitucional, enquanto álibi invocado permanentemente na retórica do poder, serve, em certa medida, como mecanismo substitutivo de legitimação política. Mas daí não decorre uma legitimação estável e generalizada (includente). o que só seria possível se ao texto constitucional correspondessem expectativas normativas congruentemente generalizadas.

A constitucionalização simbólica não importa apenas a falta de auto-referência consistente dos componentes do Direito. Envolve também o problema da adequada heterorreferência do sistema jurídico.

No sentido da teoria dos sistemas autopoieticos, a referência dos sistemas sociais ao seu meio ambiente realiza-se através da *função* e da *prestação*. A função é a relação do subsistema social com a sociedade como um todo. A prestação apresenta-se como a referência de um subsistema a outros subsistemas da sociedade¹²⁷. Com respeito ao sistema jurídico, a *função* realiza-se primariamente através da orientação congruentemente generalizada de expectativas normativas, embora também seja função do Direito a direção da conduta em interferência inter-subjetiva¹²⁸. A *prestação* mais genérica do sistema jurídico é a solução de conflitos que não se apresentam mais em condições de ser resolvidos com os critérios e diferenças de cada um dos outros sistemas¹²⁹. Mas o Direito também realiza prestações especificamente diferenciadas para os outros sistemas da sociedade, quando, por exemplo, assegura possibilidades de formação de capital na economia, acesso à instrução (sistema

educacional), limitações à atividade política¹³⁰.

No plano constitucional, a função de congruente generalização de expectativas normativas vai ser possibilitada, na sociedade moderna, através da institucionalização dos Direitos fundamentais, que constituem a resposta do sistema jurídico às exigências de diferenciação funcional. Mas como o princípio da diferenciação funcional é inseparável do princípio da inclusão, a função de congruente generalização de expectativas normativas importa a institucionalização constitucional do Estado de bem-estar¹³¹. Ou seja, através da institucionalização dos Direitos fundamentais, a Constituição responde à semântica social dos "direitos humanos", que pressupõe uma sociedade diferenciada em esferas de vidas orientadas por critérios os mais diversos, não subordinada a uma moral globalizante e hierárquica fundamentadora do poder¹³²; me-

130. Luhmann, 1981 h: 440. Correntemente a distinção luhmanniana entre prestação e função não é empregada, de tal maneira que "a função social do Direito" pode ser definida como "uma prestação do Direito para a sociedade" (Maiholér, 1970:25). A referência de Bobbio (1977:113-15) a diferentes níveis de função importa indistinção entre função e prestação no sentido aqui utilizado. Por outro lado, ele distingue entre função do Direito em relação à "sociedade como totalidade" e função do Direito com respeito aos indivíduos como "componentes" dessa totalidade (ibid.: 111-13). Confonne Schelsky (1970:57ss.), no segundo caso trata-se de "função antropológica do Direito"; cf. também Maihofer, 1970: 32ss. Na perspectiva luhmanniana, o homem não é considerado parte, mas sim "meio ambiente" da sociedade (cf. Luhmann, 1987a: 286ss.; 1987b: 133s.).

131. Cf. Neves, 1992:151 ss. Ver também acima Cap. II. 1.3.4.1.

132. Do conceito de direitos fundamentais, constitucionalmente amparados, produtos da sociedade moderna funcionalmente diferenciada, Luhmann (1965. 23) distinguia a noção de "direitos humanos" como direitos eternos. Mais recentemente (1993:574ss.), ele reelabora o conceito de direitos humanos na perspectiva de um sistema jurídico mundial, propondo que a discussão se concentre no problema das ofensas flagrantes e escandalosas à "dignidade humana", no âmbito de uma semântica restritiva dos direitos humanos. Aqui diferenciamos os direitos fundamentais, incorporados juridicamente à Constituição, da semântica político-social dos "direitos humanos" — também própria da sociedade moderna —, que aponta para a exigência de constmção, ampliação e etetivação dos "direitos fundamentais" (nesse sentido, v. Lefort, 1981, Ferry e Renaut, 1992; Lafer, 1988). Mesmo na perspectiva de base valorativo-procedimental de Alexy (1986). a expressão "direitos fundamentais" refere-se a direitos

125. Cf. Habennas, 1987a, 1992:541ss. Para sua formulação anterior de um conceito de legitimação com pretensão de verdade, ver idem, 1973: esp. 140ss.

126. A respeito, cf. Neves, 1992: 212ss.

127. Cf. Luhmann, 1982:54ss., 1993:156ss.: idem e Schorr, 1988: 34ss. Ver acima Cap. II. 1.3.4.

128. A respeito, ver Luhmann, 1981d, 1987b:94ss. Cf. acima nota 241 do Cap. I.

129. Teubner, i 982: 48.

diante a institucionalização do Estado de bem-estar, a Constituição volta-se para as exigências das massas por maior acesso ou participação nas prestações dos diversos sistemas sociais, sobretudo da política e do Direito. Tanto uma como outra forma de institucionalização são imprescindíveis para o êxito do Direito em sua função de congruente generalização de expectativas normativas na sociedade moderna.

A nível constitucional, a prestação jurídica relativa à solução de conflitos não resolvidos nos outros sistemas vai ser assegurada com o estabelecimento dos procedimentos constitucionais de resolução de conflitos, o *due process of Law*. Como prestação específica do Direito perante o sistema político, a Constituição regulamenta o procedimento eleitoral, estabelece a "divisão de poderes" e a distinção entre política (em sentido estrito) e administração, com uma semântica orientada para a imunização do "Estado de Direito" perante interesses particularistas de dominação (ver Cap. II. 1.3.4.2 e 3.).

Esse modelo do Direito como sistema autopoietico perde em validade empírica quando se esbarra com o problema da constitucionalização simbólica, típico do Estado periférico (ver item 6 deste Cap.). A insuficiente concretização normativa do texto constitucional, no qual todas as instituições referidas são proclamadas, é um sintoma da incapacidade do sistema jurídico de responder às exigências do seu "meio ambiente". Os direitos fundamentais constituem-se, então, em privilégio de minorias, sobrevivendo, para a maioria da população, quase apenas na retórica político-social dos "direitos humanos", tanto dos ideólogos do sistema quanto dos seus críticos. A inclusão através do Estado de bem-estar, proclamado na Constituição, é relevante apenas no discurso da realização das normas programáticas num futuro remoto. O desrespeito ao *due process of law* constitucionalmente festejado é a rotina da prática dos órgãos estatais (especialmente da polícia) com relação às classes populares (à maioria). A politização particularista da administração impede a concretização generalizada dos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade. A corrupção e as fraudes eleitorais impossibilitam a legitimação constitucional (generalizada) do sistema político, que passa, então, a subordinar-se instavelmente aos interesses particularistas de cima e às necessidades concretas de baixo, sendo constrangido a adotar mecanismos substitutivos de "legitimações casuísticas" inconstitucionais (favores, concessões, ajudas e trocas ilícitas).

A incapacidade de heterorreferência adequada do Direito em situações amparadas constitucionalmente.

ções de constitucionalização simbólica não é um problema de um sistema operacionalmente autônomo diante do seu meio ambiente. A questão está vinculada à própria ausência de distinção nítida entre sistema e meio ambiente, exatamente por falta de "Constituição normativa" como mecanismo de autonomia do Direito (Cap. II. 1.3.3.). O texto constitucional atua basicamente como figura de retórica política, não se desenvolvendo como instância de reflexividade que possibilite a autonomia do código "lícito/ilícito" diante de outros códigos-diferença, especialmente o político ("poder/não-poder") e o econômico ("ter/não-ter"). Nesse contexto, a questão da heterorreferência é, primariamente, um problema de auto-referência.

4. Implicações Semióticas

A constitucionalização simbólica como alopoiese do Direito tem relevantes conseqüências para uma leitura semiótica do sistema jurídico. Defina-se o Direito como plexo de normas ou cadeia de comunicações, ou mesmo, no sentido de Teubner, como entrelaçamento hipercíclico de norma (estrutura), ato (elemento), procedimento (processo) e dogmática (identidade) jurídicos (cf. pp.127s.), trata-se sempre de um fenômeno intermediado lingüisticamente. Distinguem-se, então, as dimensões sintática, semântica e pragmática do sistema jurídico enquanto linguagem normativa em geral: do ponto de vista sintático, ela vai ser caracterizada pela "estrutura relacional deontica, sendo o functor específico o dever-ser (D), que se triparte em três submodais: o obrigatório (O), o proibido (V) e o permitido (P)"¹³³; sob o aspecto semântico, dirige-se à realidade com a pretensão de dirigir normativamente a conduta em interferência intersubjetiva; na perspectiva pragmática destina-se a orientar normativamente as expectativas dos sujeitos de Direito¹³⁴. Mas, para diferenciar-se a linguagem jurídica (especialização da linguagem natural), não é suficiente caracterizá-la como linguagem normativa. Na teoria dos sistemas autopoieticos, é imprescindível que um único sistema funcional da sociedade disponha da diferença lingüisticamente intermediada entre lícito e ilícito¹³⁵.

No caso da constitucionalização simbólica, o problema semiótico

133. Vilanova, 1977:40.

134. Cf. Vilanova, 1977:40.

135. Cf. Luhmann, 1993:165ss., 1986b, 1986a: esp. 125s., 1974:72. Ver também acima nota 140 do Cap. II.

apresenta-se quando se constata que à linguagem aparentemente normativo-jurídica dos textos constitucionais não correspondem realmente a estrutura e a função próprias de uma linguagem especificamente jurídica. Não se trata apenas de "deformação" no plano semântico-pragmático, mas também ao nível sintático.

Do ponto de vista sintático, deve-se observar em primeiro lugar que, em situações típicas de constitucionalização simbólica, o texto constitucional como plexo de signos não se encontra envolvido relevantemente no complexo de normas do sistema jurídico, tornando-se primariamente um conjunto de símbolos do discurso político. Ou seja, na medida em que lhe falta normatividade, ele perde sua conexão sintática com o sistema jurídico e passa a integrar sintaticamente o sistema político. Isso implica a descaracterização do funtor deontico-jurídico "dever-ser". Os submodais obrigatório (O), proibido (V) e permitido (P) permanecem como "fórmulas" lingüísticas envolvidas no discurso persuasivo do poder. Daí porque esse problema sintático dos modais deonticos constitui, em última análise, uma questão pragmática.

Sob o ângulo semântico, revela-se nas situações típicas de constitucionalização simbólica que o modo-de-referência da linguagem constitucional à realidade não é especificamente normativo-jurídico. Das disposições constitucionais não decorre direção coercitiva da conduta humana em interferência intersubjetiva. Não se argumente aqui a objeção de que só há norma quando está presente a possibilidade de sua violação. No caso de constitucionalização simbólica, trata-se, ao contrário, de um contexto de impossibilidade social de concretização normativa do texto constitucional¹³⁶, não só em face dos comportamentos da população, geralmente alheios aos direitos e deveres proclamados constitucionalmente, como também em virtude da atitude expressa e sistematicamente inconstitucional dos agentes estatais encarregados de aplicar normativo-juridicamente o texto da Constituição. Quanto ao modo-de-referência à realidade, a linguagem constitucional funciona basicamente como mecanismo de influência política, tanto na retórica dos defensores do *status quo* quanto no discurso dos grupos interessados em transformações efetivas na relação de poder.

O problema semântico do modo-de-referência está diretamente vinculado à dimensão pragmática, que, no caso de constitucionalização simbólica, é a mais importante. Bloqueada sistematicamente a concre-

136. Cf. Neves, 1988: 50s., tratando da relação entre ineficácia social e pertinência da norma ao ordenamento jurídico.

tização normativa do texto constitucional, é evidente que à linguagem constitucional não corresponde orientação congruentemente generalizada de expectativas normativas. A normação constitucional é atingida não só pela falta de institucionalização (consenso suposto), mas também pela carência de identificação de sentido. O texto constitucional passa fundamentalmente a ser objeto do discurso político. Pragmaticamente, perde sua força comissivo-diretiva, tornando-se sobretudo mecanismo de persuasão política. A própria questão sintática da descaracterização do funtor deontico só pode ser compreendida a partir da consideração dessa variável pragmática. Perlocutivamente¹³⁷, o discurso constitucionalista, tanto dos detentores do poder quanto dos seus críticos, não se dirige fundamentalmente no sentido de, com pretensão de generalidade, obrigar, proibir ou permitir juridicamente, constituindo antes uma linguagem destinada a persuadir e convencer do ponto de vista político: por parte dos detentores do poder, persuadir de sua identificação com a realização (futura) dos "valores constitucionais"; do lado dos críticos da ordem política, convencer do desrespeito governamental ao "valores constitucionais" proclamados e também da sua capacidade de realizá-los o mais rapidamente possível quando no poder.

Por fim, cabe também uma aplicação da diferença semiológica entre códigos fracos e códigos fortes¹³⁸ ao problema da constitucionalização simbólica como alopoiese do Direito. Considerando que a autopoiese do sistema jurídico pressupõe a plena diferenciação do código sistêmico "lícito/ilícito", intermediado lingüisticamente, é possível afirmar-se que a constitucionalização simbólica implica um código jurídico fraco em face dos códigos binários "poder/não-poder" (político) e "ter/não-ter" (econômico). Esses, códigos fortes, bloqueiam a comunicação consistente e generalizada nos termos da diferença "lícito/ilícito" como código fraco. Assim sendo, prevalece, a nível constitucional, a codificação-decodificação de mensagens políticas (e econômicas) em detrimento da codificação-decodificação de mensagens jurídico-normativas.

137. Sobre a distinção de J. L. Austin entre atos locucionais, ilocucionais e perlocucionais, caracterizados esses últimos pela sua influência nos sentimentos, idéias e ações do(s) orador(es), ouvinte(s) ou outras pessoas, v. Habermas, 1982b:388ss.

138. Cf. Eco, 1991:47-50; e para uma aplicação jurídica em outro contexto Ferraz .Tr., 1988:257s.

5. Constitucionalização Simbólica *versus* Juridificação. Realidade Constitucional Dejuridificante

A ampliação dos temas juridificáveis nos quadros da posituação do direito¹³⁹ fez da *juridificação* um dos problemas críticos do Estado moderno. Conceituada "para fora" como expansão do Direito e "para dentro" como seu detalhamento e especialização (condensação)¹⁴⁰, o fenômeno da juridificação foi, no âmbito de um intenso debate na Alemanha Ocidental dos anos 80, classificado em três tipos básicos: legalização, burocratização e justicialização¹⁴¹. Os efeitos juridificantes sobre a sociedade foram, de um lado, avaliados negativamente (alienação, burocratização, "colonização do mundo da vida"), de outro lado, positivamente (asseguramento da liberdade e do *status*)¹⁴².

O processo de juridificação desenvolveu-se no Estado Moderno em quatro fases¹⁴³. Na primeira, a juridificação conduz aos clássicos direitos subjetivos privados, estando vinculada ao conceito de Estado Burguês. Num segundo período, ela implica a posituação dos direitos subjetivos públicos de caráter liberal, correspondendo ao Estado Burguês de *Direito*. Posteriormente, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, tem-se a emergência dos direitos subjetivos públicos democráticos (juridificação do processo de legitimação) "na forma de direito de voto geral e igual, assim como do reconhecimento da liberdade de organização das associações políticas e partidos"¹⁴⁴. Por último, temos a questão da juridificação nos quadros do Estado social e democrático de Direito, que trouxe consigo a posituação dos direitos sociais, a intervenção compensatória na estrutura de classes e na economia, a política social do Estado, a regulamentação jurídica das relações familiares e educacionais.

É com vistas a esta última fase, a do chamado "Estado social e de-

mocrático de Direito", que o debate sobre a crise de juridificação se desenvolveu. Nesta discussão, relevou-se a crítica habermasiana com base na distinção do Direito como meio ("*Médium Rechf*") e o Direito como instituição. No primeiro caso, "o Direito é combinado de tal forma com os meios (*Meclien*) dinheiro e poder, que ele mesmo assume o papel de meio de direção (*Steuerungsmedium*)"¹⁴⁵, como no campo do Direito Econômico, Comercial e Administrativo. Por "instituições jurídicas" compreende Habermas "normas jurídicas que através das referências positivistas a procedimentos não podem tornar-se suficientemente legitimadas"¹⁴⁶. Desde que elas pertencem "às ordens legítimas do mundo da vida" (horizonte do agir comunicativo), precisam de "justificação material"¹⁴⁷. De acordo com esse modelo analítico, o Direito como meio teria "força constitutiva", o Direito como instituição apenas "função regulativa"¹⁴⁸. Na medida em que ele atuasse como meio na esfera regulada informalmente do "mundo da vida", como, p. ex., o Direito de Família e a legislação do ensino, a juridificação teria efeitos negativos, socialmente desintegradores. Fala-se então de colonização interior do mundo da vida: "A tese da colonização interior afirma que os subsistemas economia e Estado, em face do crescimento capitalista, tornam-se mais complexos e invadem sempre mais profundamente a reprodução simbólica do mundo da vida"¹⁴⁹. O Direito-meio, intermediação sistêmica de agir instrumental-estratégico, a serviço da economia e do poder, invadiria a esfera do agir comunicativo, fundada no entendimento e, desta forma, prejudicaria a construção de uma razão intersubjetiva. Por outro lado, porém, a juridificação teria caráter social-integrativo e funcional, quando o Direito como instituição desempenhasse um papel regulativo a favor do plexo de ação do mundo da vida, orientado no entendimento, ou servisse como meio de direção dos sistemas de ação da economia e do Estado¹⁵⁰.

145. Habermas, 1982bIT:536.

146. Habermas, 1982bH:536.

147. Habermas, 1982bII:536. Para o aprofundamento da concepção habermasiana do Direito como "instituição", v. idem, 1992.

148. Habermas, 1982bÜ:537.

149. Habermas, 1982bH:539.

150. Cf. Habermas, 1982bIF:536ss. Assim sendo, justifica-se a crítica de Nahamowitz (1985: esp. 42) a Teubner e Willke, na medida em que esses, em uma tentativa de unir a ética do discurso habermasiana à teoria dos sistemas de Luhmann, tiraram conseqüências neoliberais da concepção de juridificação de

Na perspectiva da teoria dos sistemas, o problema da juridificação não é tratado com base no dualismo "sistema e mundo da vida"¹⁵¹, mas sim através da dicotomia "sistema e meio ambiente". Conforme este modelo, a juridificação seria definida como "expansão do sistema jurídico com gravame para outros sistemas sociais"¹⁵². Os problemas da juridificação estariam estritamente ligados à questão da autonomia dos sistemas jurídicos e dos demais sistemas sociais, passando a serem incluídos no tema mais amplo da autopoiese do sistema jurídico-positivo em face da autopoiese dos demais sistemas sociais (economia, política, religião, arte, ciência etc). Portanto, ele pressuporia Constituição normativa como mecanismo de autonomia operacional do Direito.

No caso de constitucionalização simbólica, que implica falta de autonomia operacional do Direito, o problema não é de juridificação, mas sim, ao contrário, de dejuridificação da realidade constitucional. Partindo-se da distinção de Blankenburg entre juridificação no plano das expectativas (ponência de "mais" regras jurídicas no lugar de regulações informais) e juridificação no plano da ação ("mais" eficácia do Direito)¹⁵³, poder-se-ia formular, então, que à juridificação no sentido de aumento na produção de normas jurídicas positivas estatais, opor-se-ia a dejuridificação a nível da condução do comportamento. Nessa perspectiva, a dejuridificação seria considerada apenas no plano do "agir" (-> eficácia). Porém, as tendências dejuridificantes decorrentes da constitucionalização simbólica afetam também o "vivenciar" do Direito (as expectativas de comportamento). O pretenso filtramento das expectativas de comportamento através da norma constituinte não é seguido, de maneira alguma, da orientação generalizada das expectativas normativas com base no texto constitucional, quer dizer, não é acompanhado da generalização congruente das expectativas normativo-constitucionais. O vivenciar normativo da população em geral e dos agentes estatais faz implodir a constituição como ordem básica da comunicação jurídica.

Contra a noção de uma realidade constitucional dejuridificante po-

Habermas (cf. Teubner e Willke, 1984:24 e 29; Teubner, 1982:26s. e 41-44, o qual modificou sua posição mais tarde, 1989:81s. e 85s.).

151. No sentido da diferenciação de sistema e mundo da vida como processo de evolução social, v. Habermas, 1982bJJ:229ss. Cf também acima Cap. U. 9.

152. Voigt, 1980:27.

153. Blankenburg, 1980:84.

der-se-ia, nos quadros do pluralismo jurídico, apresentar a objeção de que outras formas jurídicas atuariam no lugar do Direito positivo com relação à solução de conflitos¹⁵⁴. Quanto a essa restrição, deve-se advertir que o debate em torno da juridificação e dejuridificação refere-se ao Direito positivo como sistema social diferenciado¹⁵⁵. No caso de constitucionalização simbólica, o código "lícito/ilícito" é sistemática e generalizadamente bloqueado em seu desenvolvimento por critérios políticos e econômicos, de tal maneira que a diferença entre sistema jurídico e meio-ambiente perde em nitidez. Enquanto código fraco, o jurídico não se amplia em detrimento de outros códigos sistêmicos. Ao contrário, os códigos fortes "poder/não-poder" e "ter/não-ter" atuam em prejuízo da reprodução constitucionalmente consistente do sistema jurídico. O que há é politização dejuridificante da realidade constitucional, respaldada evidentemente nas relações econômicas. Parafraseando Habermas, trata-se de "colonização política e econômica" do mundo do Direito.

6. Constitucionalização Simbólica como Problema da Modernidade Periférica

A constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema fundamentalmente da modernidade periférica¹⁵⁶. Não utilizamos o modelo "centro/periferia" da forma simplificadora ideologizante das "teorias da exploração" dos anos 60 e 70¹⁵⁷. Recorremos a essa dicotomia principalmente para enfatizar que se trata de uma e da mesma sociedade mundial¹⁵⁸, não de sociedades tradicionais

154. Cf. p. ex., Sousa Santos, 1977, 1980, 1988.

155. Cf. Voigt, 1983:20; Habermas, 1982bII:524, que usa, porém, a expressão "direito escrito".

156. Para uma abordagem mais abrangente do problema da constitucionalização e da positivação do Direito na modernidade periférica, ver Neves, 1992.

157. Cf. p. ex., Frank, 1969. Para um panorama global sobre os debates dos anos 60 e 70 em tomo da teoria da dependência e do capitalismo periférico, ver Senghaas (org.), 1972, 1974a, 1979.

158. Sobre a sociedade moderna como "sociedade mundial", orientada primariamente pela economia, a técnica e a ciência, v. Luhmann, 1975c, o qual, entretanto, sem coerência com essa concepção, aplicava o modelo "tradição/modernidade" à diferença entre países em desenvolvimento e países desenvolvi-

versus sociedades modernas, como se uma diferença de "antes e depois" estivesse na base dos diferenciados níveis de desenvolvimento social. Partimos da constatação de que o advento da sociedade moderna está estreitamente vinculado a uma profunda desigualdade econômica no desenvolvimento inter-regional¹⁵⁹, trazendo consequências significativas na reprodução de todos os sistemas sociais, principalmente no político e no jurídico, estatalmente organizados. É claro que estamos como que ao nível de conceitos típico-ideais no sentido weberiano, os quais, como "utopias" gnosiológicas, nunca são encontrados em forma pura na realidade social, servindo antes como esquema de sua interpretação com ênfase unilateral em determinados elementos mais relevantes à abordagem¹⁶⁰. Não desconhecemos, pois, que a sociedade mundial de hoje é multifacetada e possibilita a aplicação do esquema "centro e periferia" em vários níveis¹⁶¹. Parece-nos, porém, que a distinção entre modernidade central e periférica é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexificação social e o desaparecimento de uma moral material globalizante como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira nenhuma a efetivação adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferencia-

dos (cf. 1983a: 65, nota 10; 1987b: 96, nota 114; 1965: 101s.), afastando-se desta posição mais recentemente (cf. 1990a: 212-214). Cf. também Heintz, 1982. Analogamente, mas em outra perspectiva, Wallerstein (1979:74ss.) fala de capitalismo mundial.

159. A respeito, v. Hopkins e Wallerstein, 1979. Este problema está vinculado estreitamente à divisão regional do trabalho, que, segundo Durkheim (1986:164), "desenvolve-se a partir do século XIV".

160. Weber, 1973:190s. Na concepção do tipo ideal "os elementos considerados não essenciais ou casuais para a constituição da hipótese" não são tomados em conta (Weber, 1973:201s.). Mas enquanto em Weber (1973:208) o conceito de tipo ideal baseia-se na "noção fundamental da teoria do conhecimento moderna **que** remonta a Kant, de que os conceitos são e apenas podem ser meios mentais para o controle espiritual do empiricamente dado", ou seja, remonta à concepção do sujeito transcendental, concebemos o tipo ideal como estrutura cognitiva de seleção das ciências sociais em relação à realidade, que, diante delas, apresenta-se autônoma e mais complexa. Numa perspectiva estritamente teórico-sistêmica, cf. a respeito Luhmann, 1987a:51.

161. Cf. p. ex., Galtung, 1972:35ss.; Wallerstein, 1979.; Hopkins e Wallerstein, 1979; Senghaas, 1974b:21.

ção funcional, nem mesmo a criação de uma esfera intersubjetiva autônoma fundada numa generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais)¹⁶². O fato de haver graus diversos quanto à diferenciação funcional exigida pela complexidade social e quanto à construção da cidadania como exigência do desaparecimento da moral hierárquico-material pré-moderna, não invalida o potencial analítico dos conceitos de modernidade central e modernidade periférica, antes aponta para sua função de estrutura de seleção cognitiva das ciências sociais.

A bifurcação no desenvolvimento da sociedade moderna (mundial) resultou, para os países periféricos, numa crescente e veloz complexificação social, sem que daí surgissem sistemas sociais capazes de estruturar ou determinar adequadamente a emergente complexidade (cf. nota 113 deste Cap.). Nas palavras de Atlan, à variedade do meio ambiente não há resposta sistêmica através de redundância (cf. nota 117 deste Cap.). Os respectivos sistemas não se desenvolvem, pois, com suficiente autonomia operacional. Com isso se relaciona o problema da "heterogeneidade estrutural", cuja discussão remonta às teorias da dependência e do capitalismo periférico dos anos sessenta e setenta¹⁶³. Em uma releitura, pode-se afirmar aqui que a questão das grandes disparidades no interior de todos os sistemas sociais e também entre eles, a que se referia o conceito problemático de "heterogeneidade estrutural", implica um difuso sobrepor-se e intrincar-se de códigos e critérios/programas tanto entre os subsistemas sociais quanto no interior deles, enfraquecendo ou impossibilitando o seu funcionamento de maneira generalizadamente includente¹⁶⁴. Daí surge o problema da "marginalidade" ou "exclusão"¹⁶⁵, que, a rigor, é um problema de "subintegração" nos

162. A respeito, v. Neves, 1992:esp. 16s. e 75-81, 1991.

163. Para um panorama, v. Nohlen e Sturm, 1982.

164. Cf. Neves, 1992:78. Parece-nos que deve ser também nesse sentido a leitura do "enfoque de entrelaçamento" proposto pelos teóricos do desenvolvimento da Universidade de Bielefeld; a respeito, cf. Evers, 1987; Schmidt-Wulffen, 1987.

165. Sobre "marginalidade" na discussão dos anos 60 e 70 em torno de dependência e capitalismo periférico, v., em diferentes perspectivas, Cardoso, 1979:140-85; Amin, 1973:208-14; Quijano 1974; Sunkel, 1972:271ss. Sobre "exclusão" em sentido sistêmico-teorético, v. Luhmann, 1981j:25ss.; cf. acima pp. 71 s.). Como constata Heintz em sua investigação sobre a sociedade mun-

sistemas funcionais da sociedade. Emergem, então, relações de "sub-integração" e "sobreintegração" nos diversos subsistemas sociais, o que os descaracteriza como sistemas autopoieticos¹⁶⁶. A subintegração significa dependência dos critérios do sistema (político, econômico, jurídico etc.) sem acesso a suas prestações. A "Sobreintegração" implica acesso aos benefícios do sistema sem dependência de suas regras e critérios.

Embora a distinção típico-ideal entre "centro" e "periferia" da sociedade moderna tenha fundamentos econômicos, ela pressupõe a segmentação territorial do sistema político-jurídico em Estados¹⁶⁷. Quanto à modernidade periférica, o problema estrutural desde o seu surgimento vincula-se primariamente à falta de suficiente autonomia operacional dos sistemas jurídico e político, bloqueados externamente por injunções, não mediatizadas por mecanismos próprios, de critérios dos demais sistemas sociais, principalmente do econômico. Na linguagem da teoria dos sistemas, os mecanismos de filtragem seletiva do Direito positivo (princípios da legalidade, da constitucionalidade etc.) e do sistema político (eleições livres, secretas e universais, organização partidária etc.) não funcionam adequadamente em relação às injunções bloqueantes do código binário de preferência *ter ou não-ter*, como também do código do amor, da religião, da amizade etc. Internamente, por sua vez, não há um funcionamento adequado da Constituição como "vínculo estrutural" entre Direito e política, ou seja, como mecanismo de interpenetração e interferência de dois sistemas autônomos (v. Cap. II. 1.3.1), antes um bloqueamento recíproco, principalmente no sentido da politização adiferenciante do sistema jurídico¹⁶⁸. Direito e política cons-

dial (1982:45), "a estrutura internacional de estratificação transforma-se em direção ao aumento da população marginalizada nos países em desenvolvimento".

166. Cf. Neves, 1992:78s. e 94ss.

167. "E por fundamentos políticos que se persiste na segmentação regional do sistema político da sociedade mundial em Estados, apesar de permanente perigo de guerra; e são fundamentos econômicos que forçam a diferenciação da sociedade em centro e periferia, em regiões superdesenvolvidas e regiões carentes de desenvolvimento" (Luhmann, 1986a: 168). É nesse sentido que é possível designar-se a sociedade mundial como sistema internacional estratificado de desenvolvimento; cf. Hemtz, 1982:17s. e 33ss.

168. A respeito, v. Neves, 1992: esp. 180s. Não se nega aqui ingenuamente que essa situação seja "funcional" em outras perspectivas e para determinados setores. Mas não é funcional no sentido de "inclusão" de toda a população nos

titucm. portanto, sistemas alopoieticamente determinados, na medida em que não se reproduzem operacionalmente por diferenças, critérios e elementos próprios, mas são difusa e instavclmentc invadidos, na sua reprodução operacional, por diferenças, programas e elementos de outros sistemas sociais.

Mesmo se admitindo que os critérios de filtragem autonomizantes do Direito e do sistema político, como, por exemplo, o princípio da igualdade perante a lei e o das eleições democráticas, constituem ilusões ideológicas na modernidade central, concordando com Claus Offe que se trata de mecanismos de encobrimento de relações concretas de dominação¹⁶⁹, deve-se reconhecer que, na modernidade periférica nem mesmo nesse sentido eles funcionam adequadamente: entre outras, as injunções particularistas da dominação econômica realizam-se de forma desnuda, destruindo abertamente e com tendências generalizantes a legalidade no plano jurídico e os procedimentos democráticos na esfera política. Também entre política e Direito, a aplicação controlante e limitadora do código "lícito/ilícito" como segundo código do sistema político (cf. nota 54 deste Cap.), característica do "Estado de Direito", não se realiza de forma satisfatória, sendo claramente constatada a ingerência ilícita sistemática do poder *sobre* o Direito ou mesmo, nos períodos ditatoriais, a subordinação dos critérios de licitude/ilicitude aos órgãos supremos de poder, baseada nas chamadas "leis de exceção", casuisticamente postas em vigor e revogadas.

Pressuposto que o Estado periférico se caracteriza pelo pêndulo entre instrumentalismo constitucional e nominalismo constitucional¹⁷⁰, interessa-nos aqui a função predominantemente simbólica das "Constituições nominais". Não se desconhece que as "Constituições instrumentalistas" também desempenham funções simbólicas; entretanto, o que as distingue é que atuam, antes de tudo, como simples instrumentos ("armas") jurídicos dos "donos do poder". As Constituições nominalistas dos Estados periféricos implicam a falta de concretização normativa-jurídica do texto constitucional em conexão com a relevância simbólica do mesmo no discurso constitucionalista do poder (constitucionalização simbólica). Nas relações de subintegração e sobreintegração político-jurídica, não se desenvolve Constituição como horizon-

respectivos sistemas autônomos da sociedade (cf. Luhmann, 1981j:35, em relação especificamente ao sistema político).

169. Cf. Olle, 1977:92ss.

170. Neves, 1992: 89-109 e 144-46.

te normativo-jurídico do sistema político¹⁷¹. Na prática jurídica do "sobrecidadão", as disposições constitucionais serão utilizadas, abusadas ou rejeitadas conforme a constelação concreta de interesses políticos. No agir e vivenciar do "subcidadão" a Constituição apresenta-se antes como complexo de restrições oficiais corporificadas nos órgãos e agentes estatais, não como estrutura constitutiva de direitos fundamentais. Tal ausência de concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional relaciona-se com um discurso fortemente constitucionalista na práxis política. De parte dos agentes governamentais, vinculados em regra à "sobrecidadania", o discurso político aponta para a identificação do governo ou do Estado com os "valores constitucionais" consagrados no documento constitucional. Sendo evidente que tais valores não encontram o mínimo de respaldo na realidade constitucional dejuridificante do presente, os agentes de poder desenvolvem a retórica de sua realização no futuro (remoto). A constitucionalização atua como álibi: o "Estado" apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por "culpa" do subdesenvolvimento da "sociedade". Já na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas relações de poder, os quais pretendem freqüentemente representar a "subcidadania", invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a "realidade constitucional inconstitucional" e atribuir ao Estado/governo dos "sobrecidadãos" a "culpa" pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/governo em outras mãos. À retórica constitucionalista subjaz muitas vezes uma concepção voluntarista e instrumentalista do Direito.

E evidente que nas condições de constitucionalização simbólica do Estado periférico, caracterizado por relações de "subintegração" e "sobreintegração" não só no sistema político-jurídico, mas também nos sistemas econômico, educacional, de saúde etc, tornam-se inadequados — com muito mais razão do que em relação à legislação simbólica no Estado de bem-estar do Ocidente desenvolvido — o tratamento e a solução do problema da ineficácia da legislação constitucional com base no esquema instrumental "meio-fim" das "pesquisas de implementação"¹⁷². Em primeiro lugar porque a constitucionalização simbólica afeta abran-

171. Cf. em outro contexto Luhmann, 1983a: 196.

172. A respeito, Mayntz, 1983, 1988. Para uma reinterpretção sistêmico-teórica da problemática da implementação com referência à relação entre política e Direito, v. Luhmann, 1981:166ss.

gentemente as dimensões social, temporal e material do sistema jurídico, não apenas aspectos setoriais. Mas sobretudo porque a concretização normativa do texto constitucional pressuporia uma radical revolução nas relações de poder.

7. Constitucionalização Simbólica na Experiência Brasileira. Uma Referência Exemplificativa

Estabelecido que a constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema típico do Estado periférico, cabe, por fim, uma breve referência exemplificativa ao caso brasileiro. Em trabalho anterior já propusemos uma interpretação da experiência constitucional brasileira como círculo vicioso entre instrumentalismo e nominalismo constitucional¹⁷³. Não é este o local para uma nova abordagem interpretativa do "desenvolvimento" constitucional brasileiro. Aqui nos interessa considerar, em traços gerais, como apoio empírico de nossa argumentação, a função hipertroficamente simbólica das "Constituições nominalistas" brasileiras de 1824, 1934, 1946 e 1988. Conforme já afirmamos no item anterior de maneira genérica, não se nega, com isso, que as "Constituições instrumentalistas" de 1937 e 1967/1969 tenham exercido funções simbólicas: a primeira, por exemplo, através da declaração dos direitos sociais, que atingia apenas uma pequena parcela da população; os documentos constitucionais de 1967/1969, mediante as declarações de direitos individuais e sociais não respaldadas na realidade constitucional. Mas, em ambos casos, desvinculava-se, a partir de dispositivos da própria "carta política" ou de leis constitucionais de exceção, o chefe supremo do executivo de qualquer controle ou limitação jurídico-positiva¹⁷⁴. A legislação constitucional, casuisticamente modificada de acordo com a conjuntura de interesses dos "donos do poder", tornava-se basicamente, então, simples instrumento jurídico dos grupos

173. Neves, 1992:116-46.

174. Na Carta de 1937, tal situação decorria do Art. 186 (declarava o estado de emergência) em combinação com o Art. 178 (dissolução dos órgãos legislativos) e o Art. 180 (atribuição do poder legislativo central exclusivamente ao Presidente da República), como também das sucessivas leis constitucionais emitidas pelo Chefe de Estado. No sistema constitucional de 1964, a flimitação jurídico-positiva do órgão executivo supremo resultava dos Atos Institucionais, especialmente do AIS.

políticos dominantes, atuava como uma "arma" na luta pelo poder. O que distinguia fundamentalmente o sistema de relação entre política e Direito era, portanto, o "instrumentalismo constitucional", de maneira alguma a constitucionalização simbólica.

Apesar de tolerar a escravidão¹⁷⁵, estabelecer um sistema eleitoral censitário amplamente excludente (Arts. 92-95) e adotar a figura do Poder Moderador (arts. 98-101), resquício absolutista, a "Carta" imperial de 1824 tinha traços liberais, expressos sobretudo na declaração de direitos individuais contida no seu Art. 179. Mas os direitos civis e políticos previstos no texto constitucional alcançaram um nível muito limitado de realização. Também os procedimentos constitucionais submeteram-se a uma profunda "deturpação" no processo de concretização. Para exemplificar, basta apontar a generalização da fraude eleitoral¹⁷⁶, a que se encontrava estreitamente vinculada a prática pseudoparlamentarista desenvolvida durante o Segundo Reinado, da qual resultava uma inversão no processo de "formação da vontade estatal"¹⁷⁷. Nesse contexto, a noção de constitucionalidade não encontrava espaço na prática dos próprios agentes estatais. Não só através da atividade legislativa ordinária incompatível com dispositivos constitucionais possuidores de supremacia formal nos termos do Art. 178, mas sobretudo na prática "informal" dos eventuais governantes, não se concebia a Constituição como horizonte jurídico da ação político-administrati-

175. F. verdade que a escravidão não se baseava explicitamente no texto constitucional de 1824. Contudo, através da distinção entre cidadãos "ingênuos" e "libertos" (Art. 6º, inciso 12), a escravidão foi reconhecida indiretamente. Nos seus comentários a esse dispositivo, Pimenta Bueno (1857:450-53) estranhamente não faz nenhuma referência a essa questão. Também não encontramos qualquer referência em Sousa (1867:40-45) e Rodrigues (1863:10).

176. Segundo Calógeras (1980:270), para a vitória eleitoral, "qualquer processo, por mais fraudulento fosse, era admitido", sendo "considerada por todos, indistintamente, única falta moral para o partido no poder, o perder a eleição". A respeito da deformação do procedimento eleitoral no Império, v. Faoro, 1984: 364-87, 1976:127-63. Cf. também Torres, 1957:283ss.

177. Tal situação é usualmente expressa mediante o famoso Sorites do Senador Nabuco de Araújo: "O Poder Moderador pode chamar a quem quiser para organizar ministérios, esta pessoa faz a eleição, porque há de fazê-la: esta eleição faz a maioria" (*apud* Nabuco, 1936:81). Faoro (1976:132) manifesta-se criticamente com relação aos limites dessa formulação, considerando a influência do poder local e das oligarquias partidárias: cf. também Torres, 1962:99s.

va¹⁷⁸. Daí porque nunca se desenvolveu o controle da constitucionalidade de leis, que, de acordo com o texto constitucional, poderia ter sido exercido pelo Poder Moderador¹⁷⁹; e quando dele se tem notícia, trata-se de "controle inconstitucional da constitucionalidade" de atos legislativos locais através de simples avisos ministeriais¹⁸⁰.

A falta de concretização normativa do texto constitucional não significava sua falta de significação simbólica na realidade do jogo de poder imperial. Nesse sentido já observava Gilberto Amado: "É claro que a 'Constituição' erguida no alto, sem contato nenhum com ela [a população], não poderia ser senão uma ficção, um símbolo da retórica destinada ao uso dos oradores"¹⁸¹. Na mesma linha de interpretação. Faoro acentua que a Constituição reduzia-se "a uma promessa e a um painel decorativo"¹⁸². Na perspectiva da teoria da ação, ela seria caracterizada como uma "promessa inaulentica" (cf. Cap. II. 9.), não como expressão da "boa intenção" dos "donos do poder". Na perspectiva mais abrangente da teoria dos sistemas, configurava-se a subordinação imediata do sistema jurídico ao código do poder, através da utilização hipertroficamente "simbólico-ideológica" do texto constitucional pelo sistema político, tudo isso por falta dos pressupostos sociais para a positivação (como autonomia operacional) do Direito. Tal situação não implicava, de modo algum, a irrelevância da carta constitucional como "um painel decorativo", eis que o "mundo falso" da "Constituição" atuava muito eficientemente no "mundo verdadeiro" das relações reais de poder¹⁸³. Não só na retórica constitucionalista dos governantes, mas também no discurso oposicionista de defesa dos valores constitucionais ofendidos

178. Cf. Neves, 1992:196s.

179. 'feria sido, porém, um controle político, amparado no Art. 98 da Constituição, que atribuía ao Imperador o poder de "incessantemente" velar "sobre a manutenção, equilíbrio e harmonia dos mais poderes". Nos termos da estrutura do texto constitucional, não poderia ter sido desenvolvido o controle judicial conforme o modelo norte-americano, eis que a figura do Poder Moderador era incompatível com um autêntico *judicial review*: Nesse sentido, cf. Bittencourt, 1968:28; também Mendes, 1990:170. Em sentido contrário, cf. Pontes de Miranda, 1973:620

180. Rodrigues, 1863:183-88.

181. Amado, 1917:30.

182. Faoro, 1976:63. Com semelhantes formulações, cf. Leal, 1915: 146 e 149.

183. Faoro, 1976:175.

na práxis governamental, a Carta imperial desempenhou uma importante função político-simbólica¹⁸⁴. A ineficácia jurídica do texto constitucional era compensada pela sua eficiência política como mecanismo simbólico-ideológico de "legitimação".

Com a Constituição de 1891, não se reduz o problema da discrepância entre texto constitucional e realidade do processo de poder. Ao contrário, as declarações mais abrangentes de direitos, liberdades e princípios liberais importavam uma contradição ainda mais intensa entre o documento constitucional e a estrutura da sociedade do que na experiência imperial¹⁸⁵. A permanente deturpação ou violação da Constituição em todo o período em que ela esteve formalmente em vigor (1891-1930)¹⁸⁶ pode ser apontada como o mais importante traço da realidade político-jurídica da Primeira República. Constituem expressões significativas da falta de concretização normativa do texto constitucional: a fraude eleitoral como regra do jogo político controlado pelas oligarquias locais¹⁸⁷; a degeneração do presidencialismo no chamado "neopresidencialismo"¹⁸⁸, principalmente através das declarações abusivas do estado de sítio¹⁸⁹; a deformação do federalismo mediante a "política dos governadores"¹⁹⁰ e a decretação abusiva da intervenção federal nos Estados¹⁹¹.

Entre os críticos conservadores, adeptos de um Estado autoritário,

184. Nesse sentido, afirma Faoro em sua interpretação político-sociológica da obra literária de Machado de Assis: "A Constituição só seria venerada pelos políticos de oposição, que, no governo — por ser governo — violavam, assempiando-se dos instrumentos de poder que ela só nominalmente limitava. O exercício do governo seria sempre a Constituição violada — daí o brado pitoresco e oco da oposição: 'Mergulhemos no Jordão constitucional'" (1976:65s.).

185. Atento a esse problema, embora em outra perspectiva, Buarque de Holanda (1988: 125) observava que, com a implantação da República, o Estado "desenraizou-se" ainda mais do país. Segundo Faoro (1976:64), fortificou-se o "arbitrio".

186. Cf. Pacheco, 1958:240ss.

187. A respeito, ver Neves, 1992:170s.

188. Sobre esse conceito, v. Loewenstein, 1975:62-66.

189. Cf. Barbosa, 1933II:373ss., 1933ffl:323ss.

190. A respeito da "política dos governadores", v., p. ex., Faoro, 1985: 563ss.; Carone, 1969: 103ss., 1971:177ss. Cardoso (1985:47ss.) designa-a de "pacto oligárquico".

191. Cf. Barbosa, 1934:17.

corporativista e nacionalista, o problema da falta de concretização normativa do texto constitucional de 1891 foi denunciado como contradição entre "idealismo da Constituição" e "realidade nacional"¹⁹². Porém, em suas críticas ao "idealismo utópico" do legislador constituinte, a significação simbólico-ideológica do documento constitucional não foi considerada com exatidão, mas sim, ao contrário, acentuada a ingenuidade de "suas boas intenções"¹⁹³. Não pertencia à discussão se o "idealismo utópico" só foi adotado no documento constitucional na medida em que a realização dos respectivos princípios ficava adiada para um futuro remoto, de tal maneira que o *status quo* não era ameaçado. Além do mais, não se pode excluir que a "Constituição nominalista" de 1891 atuava como meio de identificação simbólica da experiência político-jurídica nacional com a norte-americana (EUA), construindo-se a imagem de um Estado brasileiro tão "democrático" e "constitucional" como o seu modelo. No mínimo, a invocação retórica dos valores liberais e democráticos consagrados no documento constitucional funcionava como âlibi dos "donos do poder" perante a realidade social ou como "prova" de suas "boas intenções".

A afirmação dos valores social-democráticos em uma sociedade caracterizada por relações de subintegração e sobreintegração é a nova variável simbólica que surge com o modelo constitucional de 1934¹⁹⁴. Em face das tendências autoritárias que se manifestavam durante o período em que a nova constituição esteve formalmente em vigor, que resultaram no golpe de 1937, não se desenvolveu amplamente uma experiência de constitucionalização simbólica.

A constitucionalização simbólica de base social-democrática é retomada com o texto constitucional de 1946. Sintomática aqui é a relação dos valores social-democráticos proclamados e a força majoritária na constituinte e principal base de sustentação do sistema constitucional de 1946, o Partido Social Democrático, vinculado estreitamente às oligarquias rurais. Tal situação contraditória entre interesses subjacentes e valores democráticos solenemente adotados pode ser melhor compreendida quando se considera que a realização do modelo constitucional é transferida para um futuro incerto e atribuída aos próprios detentores

192. Nesse sentido, ver principalmente Vianna, 1939: 77ss., Torres, 1978.

193. Cf. p.ex., Vianna, 1939:81, 91 e 111.

194. Ao falar-se de "advento do Estado social brasileiro" com a Constituição de 1934 (Bonavides e Andrade, 1989:325-27), não se considera o problema da constitucionalização simbólica.

do poder¹⁹⁵. Portanto, não decorre dessa aparente contradição ameaça ao *status quo*. Nesse contexto, cabe falar de "liberdade de decretar a democracia"¹⁹⁶, mas não conforme uma interpretação estritamente baseada nas intenções dos agentes político¹⁹⁷: a conexão de ações proporcionadora da constitucionalização simbólica de 1946 era condicionada por variáveis estruturais que tornavam possível a "liberdade" de, sem risco, "decretar" a democracia-social¹⁹⁸. O texto constitucional, equiparável aos seus modelos da Europa Ocidental, só funcionava como símbolo político enquanto não emergiam tendências sociais para a sua concretização normativa generalizada.

A constitucionalização simbólica de orientação social-democrática é restabelecida e fortificada com o texto constitucional de 1988. Diante do esgotamento do longo período de "constitucionalismo instrumental" autoritário iniciado em 1964, a identificação simbólica com os valores do constitucionalismo democrático deixou de ser relevante politicamente apenas para os críticos do antigo regime, passando a ser significativa também para os grupos que lhe deram sustentação. À crença pré-constituente na restauração ou recuperação da legitimidade¹⁹⁹ estava subjacente um certo grau de "idealismo constitucional". O contexto social da Constituição a ser promulgada¹⁹⁹ já apontava para limites intransponíveis à sua concretização generalizada. Nada impedia, porém, uma retórica constitucionalista por parte de todas as tendências políticas; ao contrário, parece que, quanto mais as relações reais de poder afastavam-se do modelo constitucional social-democrático, tanto mais radical era o discurso constitucionalista.

Partindo-se de que, diante da exigência de diferenciação funcional e de inclusão na sociedade moderna, é *função* jurídica da Constituição institucionalizar os direitos fundamentais e o Estado de bem-estar (Cap. II. 1.3.4.2). não caberia restrições ao texto constitucional, no qual as declarações de direitos individuais, sociais e coletivos é das mais abrangentes²⁰⁰. Também quanto à *prestação*, seja no que se refere ao esta-

195. Almino, 1980:305, 1985:70s.

196. Almino, 1980:66-94.

197. Em sentido contrário orienta-se o enfoque de Almino, 1985:77.

198. Faoro, 1981; Faria, 1985.

199. Sobre a situação social do país no período imediatamente pré-constituente, v. Jaguaribe et al., 1986; NEPP-UNICAMP, 1986, 1988.

200. Ou seja, tanto "liberdades negativas" quanto "liberdades positivas" (Passerin dTinéres, 1969:249-73), tanto *droits-libertés* como *droits-crèances*

beleeimento de procedimentos constitucionais para a solução jurídica de conflitos (*due process of Law*) ou à previsão de mecanismos específicos de regulação jurídica da atividade política (v. Cap. II. 1.3.4.3 e 4). o texto constitucional é suficientemente abrangente. O problema surge ao nível da concretização constitucional. A prática política e o contexto social favorece uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. A questão não diz respeito apenas à ação da população e dos agentes estatais (eficácia), mas também à vivência dos institutos constitucionais básicos. Pode-se afirmar que para a massa dos "subintegrados" trata-se principalmente da falta de identificação de sentido das determinações constitucionais²⁰¹. Entre os agentes estatais e setores "sobreintegrados", o problema é basicamente de institucionalização (consenso suposto) dos respectivos valores normativos constitucionais²⁰². Nessas condições não se constrói nem se amplia a cidadania nos termos do princípio constitucional da igualdade (Art. 5^o, *caput*), antes se desenvolvem relações concretas de "subcidadania" e "sobrecidadania" em face do texto constitucional²⁰³.

Os problemas de hetero-referência são inseparáveis das questões concernentes à auto-referência do sistema jurídico ao nível constitucional (cf. item III deste Cap). O bloqueio permanente e generalizado do código "lícito/ilícito" pelos códigos "ter/não-ter" (economia) e "superioridade/inferioridade" (poder) implica uma prática jurídico-política estatal e extra-estatal caracterizada pela ilegalidade. Quanto à constitucionalidade, as dificuldades não se referem apenas à incompatibilidade de certos atos normativos dos órgãos superiores do Estado com dispositivos constitucionais, como, por exemplo, no caso do uso abusivo das medidas provisórias pelo Chefe do Executivo²⁰⁴; o problema não se res-

(Ferry e Renaut, 1992: 26-32), por fim, "direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração" (Lafer, 1988: 125-34) estão amplamente previstos no texto constitucional.

201. Cf. p. ex., Lesbaupin, 1984, investigando a falta de consciência clara dos "direitos humanos" nas classes populares.

202. Velho (1980:363) refere-se a um exemplo muito expressivo: a queixa de um político quanto ao absurdo que seria o fato de o voto de sua lavadeira ter o mesmo valor do seu.

203. Fala-se, então, paradoxalmente, de cidadão de primeira, segunda e terceira classe (cf. por ex., Velho, 1962; Weftbrt, 1981:141-44, com base em Bendix, 1969:88s.).

204. A respeito, cf. Ferraz Jr., 1990.

tringe à "constitucionalidade do Direito", mas antes à "juridicidade da Constituição"²⁰⁵, ou seja, à normatividade do texto constitucional. A insuficiência de auto-referência elementar (legalidade) e reflexividade (constitucionalidade) é condicionada e condiciona, por fim, a reflexão jurídico-conceitualmente inadequada do sistema constitucional²⁰⁶; diante da "realidade constitucional dejuridificante", não é possível que se desenvolva uma dogmática jurídico-constitucional capaz de definir eficientemente as "condições do juridicamente possível" e, pois, de atuar satisfatoriamente como "controle de consistência" da prática decisória constitucional. Por tudo isso, o texto constitucional não se concretiza como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e, portanto, não funciona como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado (cf. item 3 deste Cap.).

Nessas circunstâncias de "realidade constitucional dejuridificante", não parece adequado interpretar os mecanismos "não-oficiais" de solução de conflitos de interesse, principalmente aqueles que se desenvolvem entre os subintegrados, como alternativas jurídico-pluralistas ao "legalismo"²⁰⁷. Trata-se, em regra, de reações à falta de legalidade. Também não se pode aplicar, nessas condições, o modelo do pós-modernismo jurídico²⁰⁸, que, negando a unidade do Direito como cadeia operacionalmente diferenciada, sustenta que o sistema jurídico se constrói pluralisticamente como emalhamento de comunicações, importando incerteza e instabilidade construtivas (cf. item 1.3. deste Cap.). O problema da "dejuridificação da realidade constitucional" implica, no caso brasileiro, a insegurança destrutiva com relação à prática de solução de conflitos e à orientação das expectativas normativas.

A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: trans-

fere-se a "culpa" para a sociedade desorganizada, "descarregando-se" de "responsabilidade" o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. Ao nível da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute ideologicamente, quando se afirma que a constituição de 1988 é "a mais programática" entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua realização no futuro: "a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização"²⁰⁹. Confunde-se, assim, a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional.

Mas a função hipertroficamente simbólica do texto constitucional não se refere apenas à retórica "legitimadora" dos governantes (em sentido amplo). Também no discurso político dos críticos do sistema de dominação, a invocação aos valores proclamados no texto constitucional desempenha relevante papel simbólico. Por exemplo, a retórica político-social dos "direitos humanos", paradoxalmente, é tanto mais intensa quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional.

A constitucionalização simbólica, embora relevante no jogo político, não se segue, principalmente na estrutura excludente da sociedade brasileira, "lealdade das massas", que pressuporia um Estado de bem-estar eficiente (cf. Cap. II. 10.). Contraditoriamente, na medida em que se ampliam extremamente a falta de concretização normativa do documento constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiança no Estado. A autoridade pública cai em descrédito. A inconsistência da "ordem constitucional" desgasta o próprio discurso constitucionalista dos críticos do sistema de dominação. Desmascarada a farsa constitucionalista, segue-se o cinismo das elites e a apatia do público. Tal situação pode levar à estagnação política. É possível que, como reação, recorra-se ao "realismo constitucional" ou "idealismo objetivo", em contraposição ao "idealismo utópico" existente²¹⁰. Mas, como ensinaram as experiências de "constitucionalismo instrumental" de 1937 e 1964, o recurso a essa semântica autoritária não implicará, seguramente, a "reconciliação do Estado com a

205. Luhmann, 1992: DI.

206. Não se trata apenas do problema heterorreferencial da construção de "conceitos jurídicos socialmente adequados" (Luhmann, 1974:49ss.), mas também do problema auto-referencial de construção de um modelo conceitual juridicamente adequado (Neves 1992:205ss.).

207. Cf. em sentido diverso Sousa Santos, 1988:25, 1977:89ss.

208. Ao qual aderiu Sousa Santos, 1987, para dar respaldo à sua concepção de pluralismo jurídico.

209. Ferraz Jr., 1989:58.

210. Cf. Vianna, 1939: esp. 7ss. e 303ss.; Reale, 1983:67; Torres, 1978: 160ss., utilizando a expressão "política orgânica".

realidade nacional", mas, antes, a *identificação* excludente do sistema jurídico estatal com as "ideologias" e interesses dos detentores eventuais do poder. Nesse caso, serão impostas "regras-do-silêncio" ditatoriais, negando-se a possibilidade de críticas generalizadas ao sistema de poder, típica da constitucionalização simbólica.

E principalmente por isso que 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"²¹¹. Enquanto não estão presentes "regras-do-silêncio" democráticas nem ditatoriais, 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. Não se pode excluir a possibilidade, porém, de que a realização dos valores democráticos contidos no documento constitucional pressuponha um momento de ruptura com a ordem de poder estabelecido, com implicações politicamente contrárias à diferenciação e à identidade/autonomia do Direito.

211. Em sentido diverso, cf. Loewenstein, 1956:224

BIBLIOGRAFIA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. e BULYÜIN, Eugênio (1974). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas e Sociales*, Buenos Aires: Ed. Astrea.
- ALEXY, Robert (1983). *Theorie der Juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEXY, Robert (1986). *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALMINO, João (1980). *Os Democratas autoritários: Liberdades individuais, de associação política e sindical na Constituinte de 1946*, São Paulo: Brasiliense.
- ALMINO, João (1985). *Era uma vez uma constituinte*, São Paulo: Brasiliense.
- ALTHUSSER, Louis (1976). "Ideologie et appareils idéologiques d'Etat (Notes pour une recherche)", in: *idem, Positions (1964-1975)*, Paris: Editions Sociales, pp. 67-125.
- AMADO, Gilberto (1917). *As Instituições políticas e o meio social no Brasil*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.
- AMIM, Satnir (1973). *Le Développement Inégal. Essai sur les Formations Sociales du Capitalisme Périphérique*, Paris: Minuit.
- APEL, Karl-Otto (1988). "Das Aprion der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik", in: *idem, Transformation der Philosophie*, vol. 2, 4. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 358-435.
- ARISTÓTELES, (1951). *Política*, ed. bilíngüe, trad. esp. de Julian Marias e Mana Araújo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- ARISTÓTELES (1968). *Politik*, trad. alemã org. por Nelly Isouyopoulos e Ernesto Grassi, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- ARNOLD, Thurman W. (1935), *The Symbols of Government*, New Haven: Yale University Press (5. impressão, 1948).
- ARNOLD, Thurman W. (1971). "El derecho como simbolismo", in: Vilhelm Aubert (org), *Sociología del Derecho*, trad. esp. de J.V. Roberts, Caracas: Tiempo Nuevo.
- ATLAN, Henri (1979). *Entre le cristal et la fumée: Essai sur l'organisation du vivant*. Paris: Seuil.

AUBERT, Vilhelm (1967). "Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung", in: Ernst E. Hirsch e Manfred Rehbinder (orgs.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie* — Beiheft (n. complementar) 11 da *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 284-309.

AUSTTN, J. L. (1968). "Performative und Konstatierende Äusserung", in: Rüdiger Bubner (org.), *Sprache und Analysis: Texte zur englischen Philosophie der Gegenwart*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, pp. 140-153.

BAECKER, Dirk *et al.* (orgs.) (1987). *Theorie als Passion: Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

BARBOSA, Ruy (1932-1934). *Comentários à Constituição Federal Brasileira, org.de Homero Pires*, São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva, 1933 (vols. II e III), 1934 (vol. IV).

BARTHES, Roland (1964). "Éléments de sémiologie", in: *Communications* 4 (Paris: Seuil), pp. 91-135.
Trad. bras. (s.d.): *Elementos de Semiologia*, São Paulo: Cultrix.

BASTOS, Celso Ribeiro (1981). *Curso de Direito Constitucional*, 4 ed., São Paulo: Saraiva.

BASTOS, Celso Ribeiro (1988). "Constituição", in: *idem* e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva.

BENDIX, Reinhard (1969). *Nation-Building and Citizenship. Studies of our changing social order*, Garden City, New York: Anchor (1. ed.: 1964).

BERTALANFFY, Ludwig von (1957). "Allgemeine Systemtheorie: Wege zu einer neuen mathesis universalis", in: *Deutsche Universitätszeitung*, n. 5/6 (Bonn: Deutsche Universitätszeitung), pp. 8-12.

BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo (1973). *Derecho Constitucional*, trad. esp. de Pablo Lucas Verdú, 1. ed., reimpr., Madrid: Technos.

BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo (1974). *Introduziam al Diritto Comparato*, 3. ed., Milão: Giuffrè.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio (1968). *O controle jurisdicional da constitucionalidade das Leis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense.

BLANKE, Thomas (1987). "Kritik der systemfunktionalen Interpretation der Demonstrationsfreiheit", in: *Kritische Justiz* 20 (Baden-Baden: Nomos), pp. 157-165.

BLANKENBURG, Erhard (1977). "Über die Unwirksamkeit von Gesetzen", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 63 (Wiesbaden: Steiner), pp. 31-58.

BLANKENBURG, Erhard (1980). "Recht als gradualisiertes Konzept — Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung", in: *idem*, E. Klaus e H. Rottleuthner (orgs.), *Alternative Rechtsformen und*

Alternativen zum Recht (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, vol. 6), Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 83-98.

BOBBIO, Norberto (1967). "Sur le principe de légitimité", in: *Annales de Philosophie Politique* 1 (Paris: Presses Universitaires de France), pp. 47-60.

BOBBIO, Norberto (1976). "Quale socialismo?", in: *Il marxismo e lo Stato: II dibattito aperto nella sinistra italiana sulle tesi di Norberto Bobbio (Quaderni di Kiondoperario -I)*, Roma: Mondoperario, pp. 199-215.
Trad. bras. (1979): "Qual Socialismo?", in: *O Marxismo e o Estado*, Rio de Janeiro: Graal, pp. 233-251.

BOBBIO, Norberto (1977). *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano: Edizioni di Comunità.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1983). "Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung", in: *Festschrift für Rudolf Gmür*, Bielefeld: Giesecking, pp. 7-19.

BONAVIDES, Paulo (1972). *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 3. ed., Rio de Janeiro: FGV.

BONA VIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de (1989). *História Constitucional do Brasil*, Brasília: [Senado Federal] / [Rio de Janeiro:] Paz e Terra.

BORDES, Jacqueline (1967). *Politeia dans lapensée grecque jusqu'à Aristote*, Paris: "Les Belles Lettres".

BORGES, José Souto Maior (1975). *Lei complementar tributária*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/EDUC.

BOURDIEU, Pierre (1974). *A Economia das Trocas Simbólicas*, introd., org. e seleção de Sérgio Miceli, São Paulo: Perspectiva.

BOURDIEU, Pierre e PASSERON, Jean Claude (1975). *A Reprodução: Elementos para uma teoria do sistema de ensino*, trad. bras. de R. Bairo, Rio de Janeiro: Francisco Alves (original: *La Reproduction*, Paris, 1970).

BRYDE, Brun-Otto (1982). *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden: Nomos.

BRYDE, Brun-Otto (1987). "Recht und Verwaltung nach der Unabhängigkeit — Entwicklungstendenzen", in: Hans F. Illy e Brun-Otto Bryde (orgs.), *Staat, Verwaltung und Recht in Afrika 1960-1985*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 27-40.

BUARQUE DE HOLANDA. (1988). *Raízes do Brasil*. 20. ed., Rio de Janeiro: José Olympio (1. ed.: 1936).

BÍJHL, Walter L. (1989). "Grenzen der Autopoiesis", in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 39 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 225-253.

BULYGIN, Eugênio (1965). 'Der Begriff der Wirksamkeit', in: Ernesto Garzón Valdés (org.), *Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, n. complementar 41 — n. 4 da nova série)*, Neuwied am Rhein/Berlin: Luchterhand, pp. 39-58.

BURDEAU, Georges (1962). "Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs", in: *Der Staat* 1 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 389-404.

BUZAID, Alfredo (1958). *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva.

CALÓGERAS, J. Pandiá (1980). *Formação histórica do Brasil*, 8. ed., São Paulo: Ed. Nacional (1. ed.: 1930).

CAMPOS, Francisco (1956). *Direito Constitucional*, vol. 1, Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos.

CANOTILHO, J. J. Gomes (1991). *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina.

CAPELLA, Juan-Ramón (1968). *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*, Barcelona: Ariel.

CARBONNIER, Jean (1976). *Flexible Droit. Textes pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*, 3. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

CARBONNIER, Jean (1978). *Sociologie juridique*. Paris: Presses Universitaires de France.

CARDOSO, Fernando Henrique (1979). *O Modelo Político Brasileiro e Outros Ensaíos*, 4. ed., São Paulo/Rio de Janeiro: DIFEL.

CARDOSO, Peruado Henrique (1985). "Dos Governos Militares a Prudente-Campos Sales", in: Boris Fausto (org.), *História Geral da Civilização Brasileira*, tomo III, 1. vol., 4. ed., São Paulo: DIFEL, pp. 13-50.

CARNAP, Rudolf (1948). *Introduction to Semantics*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

CARNAP, Rudolf (1954). *Einführung in die symbolische Logik mit besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendungen*, Viena: Springer-Verlag.

CARONE, Edgard (1969). *A Primeira República (1889-1930): Texto e Contexto*, São Paulo: DIFEL.

CARONE, Edgard (1971). *A República Velha (Evolução Política)*, São Paulo: DIFEL.

CARRÉ DE MALBERG, R. (1922). *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, vol. II, Paris: Sirey.

CARRIÓ, Genaro R. (1986). *Sotas sobre derecho y lenguaje*, 3. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CASSIRER, Ernst (1972). *Antropologia Filosófica — Ensaio sobre o Homem: Introdução a uma Filosofia da Cultura Humana*, trad. bras. de V. F. de

Queiroz, São Paulo: Mestre Jou (Original *An Essay on Man*, New Haven, Connecticut, 1944).

CASSIRER, Ernst (1988). *Philosophie der symbolischen Sprachen*, vol. 1, 9. ed., Darmstadt: Wiss. Buchg. (reimpressão da 2. ed. de 1953).

CASTORIADIS, Conielius (1982). *A Instituição imaginária da sociedade*, trad. bras. de G. Revnaud, Rio de Janeiro: Paz e Terra (original: *L'Institution imaginaire de la Société*, 1975).

CHIHRESKY, Isidoro (1980). "Democracia y autoritarismo en los capitalismos dependientes. Bases para un proyecto de investigación — Los casos de Argentina y Brasil", in: *Revista Mexicana de Sociología*, vol. XLII, n. 3 (México: UNAM), pp. 1071-1103.

CHRISTENSEN, Ralph (1989). "Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des geste/espositivistischen Textmodells", in: Friedrich Müller (org.), 1989:47-91.

COOLEY, Thomas M. (1988). *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, 3. ed., Boston: Little, Brown, and Company.

COPI, Irving M. (1978). *Introdução à Lógica*, trad. bras. de Álvaro Cabral, 2. ed., São Paulo: Mestre Jou.

COSSIO, Carlos (1964). *La teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, 2. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

DERRIDA, Jacques (1967). *De la Grammatologie*, Paris: Minuit.

DRHIER, Ralf (1981). "Zu Luhmanns systemtheoretischer Auffassung der Gerechtigkeitsprobleme", in: R. Driess, *Recht Moral Ideologie: Studien zur Rechtslehre*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 270-285.

DURKHEIM, Emile (1986). *De la division du travail social*. Paris: Presses Universitaires de France (1. ed.: Paris, 1893).

DUVERGER, Maurice (org.) (1966). *Constitutions et Documents Politiques*, Paris: PDF.

DWORKIN, Ronald (1991) *Taking Rights Seriously* (1977). 6. ed., London: Duckworth.

ECO, Umberto (1984). *Semiótica e Filosofia del Linguaggio*, Torino: Einaudi. Trad. bras. (1991): *Semiótica e Filosofia da Linguagem*, São Paulo: Ática.

ECO, Umberto (1991). *Trattato di Semiótica Generale*, 12. ed., Milano: Bompiani (1. ed.: 1975). Trad. bras. (1980): *Tratado Geral de Semiótica*, São Paulo: Perspectiva.

EDELMAN, Murray (1967). *The Symbolic Uses of Politics*. Urbana/Chicago/London: University of Illinois Press.

EDELMAN, Murray (1977). *Political Language: Words That Succeed and Policies That Fail*, New York/San Francisco/London: Academic Press.

EDER, Klaus (1980). *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften: Em Beilrag zu einer Theorie sozialer Evolution*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

EDER, Klaus (1986). "Prozedurale Rationalität: Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 7 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 1-30.

EHRLICH, Eugen (1967). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 3. ed., Berlin: Duncker & Humblot (reimpressão inalterada da 1. ed. de 1913).

ENGELS, Friedrich (1985). *Herm Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft (Anti-Dühring)*, in: K. Marx/F. Engels, *Ausgewählte Werke*, vol. V, 11. ed., Berlin: Dietz Verlag, pp. 5-356 (1. ed., 1877-78).

ENGELS, Friedrich (1986a). "Engels an Conrad Schunidt in Berlin" (carta de 27/10/1890), in: K. Marx/F. Engels, *Ausgewählte Werke*, vol. VI, 12. ed., Berlin: Dietz Verlag, pp. 558-566.

ENGELS, Friedrich (1986b). "Engels an Franz Mehring in Berlin" (carta de 14/07/1893), in: K. Marx/F. Engels, *Ausgewählte Werke*, vol. VI, 12. ed., Berlin: Dietz Verlag, pp. 595-600.

ENGELS, Friedrich (1988). "Die Lage Englands. II, Die englische Konstitution", in: Karl Marx e Friedrich Engels, *Werke*, vol. I, 15. ed., Berlin: Dietz Verlag, pp. 569-592 (primeiro in: *Vorwärts!* n. 75, de 18/09/1844).

EVERS, Hans-Dieter (1987). "Subsistenzproduktion, Markt und Staat. Der sogenannte Bielefelder Verflechtungsansatz", in: *Geographische Rundschau* 39 (Braunschweig: Westermann), pp. 136-140.

FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda (1984). "Justiça Social e Justiça Legal: Conflitos de propriedade no Recife", in: *idem* (org.), *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*, Rio de Janeiro: Forense.

FAORO, Raymundo (1976). *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*, 2. ed., São Paulo: Ed. Nacional/Secr. Cult. Ciência e Tecnol. Est. S.P.

FAORO, Raymundo (1981). *Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada*, São Paulo: Brasiliense.

FAORO, Raymundo (1984-1985). *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 6. ed., Porto Alegre: Globo, vol 1: 1984, vol. 2:1985 (1. ed.:1958).

FARIA, José Eduardo (1985). *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*, Porto Alegre: Fabris.

FARIA, José Eduardo (1988). *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*, São Paulo: EDUSP.

FERRAZ, Jr., Tércio Sampaio (1980). *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (1988). *Introdução ao estudo do direito — técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (1989). "Legitimidade na Constituição de 1988", in: *idem et al*, *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, São Paulo: Atlas, pp. 13-58.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio (1990). "Sobre a reedição de Medidas Provisórias", in: *idem*, *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, pp. 93-94.

FERRY, Luc e RENAUT, Alain (1992). *Philosophie politique 3 — Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Paris: Presses Universitaires de France (1. ed.: 1985).

FIRTH, Raymond (1973). *Symbols: Public and Private*, Ithaca, New York: Cornell University Press.

FRANK, André Gunder (1969). *Do subdesenvolvimento Capitalista*, trad. port. de J.A. Mendonça da Cruz e M.Couto, Lisboa: Edições 70, s.d. [1969].

FREUD, Sigmund (1969). *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse (1916-17 [1915-17])*, in: *Freud - Studienausgabe*, vol. I, Frankfurt am Main: Fischer, pp. 33-445.

Trad. bras. (sem data): *Introdução à Psicanálise*, Rio de Janeiro: Editora Guanabara.

FREUD, Sigmund (1972). *Die Traumdeutung (1900)*, *Freud-Studienausgabe*, vol. n, Frankfurt am Main: Fischer

FRIEDMAN, Lawrence M. (1972). "Einige Bemerkungen über eine allgemeine Theorie des rechtsrelevanten Verhaltens", in: Manfred Rehbinder e Helmut Schelsky (orgs.), *Zur Effektivität des Rechts (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. III), Düsseldorf: Bertelsmann, pp. 206-223.

FRIEDRICH, Carl Joachnn (1960). "Die Legitimität in politischer Perspektive", in: *Politische Vierteljahresschrift* 1 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 119-132.

GADAMER, Hans-Georg (1990). *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 6. ed., Tübingen: Mohr (V- ed.: 1960).

GALTUNG, Johan (1972). "Eme strukturelle Theorie des Imperialismus", in: Senghaas (org.), 1972: 29-104.

GARCÍA-PELAYO, Manuel (1950). *Derecho contitucional comparado*, Madrid: Revista de Occidente.

GARRN, Heino (1969). "Rechtswirksamkeit und faktische Rechtsgeltung. Ein Beitrag zur Rechtssoziologie", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 55 (Wiesbaden: Steiner), pp. 161-181.

GEIGER, Theodor (1970). *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2. ed., Neuwied/Berlin: Luchterhand.

GHIGLIANI, Alejandro H. (1952). *Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad*, Buenos Aires: Depalma.

GLASYRIN, Viktor Wassiljewitsch et al. (1982). *Effektivität der Rechtsnormen. Theorie und Forschungsmethoden*, trad. alemã de Leon Neben/ahl e Alired Reissner, Berlin: Staatsverlag der DDR.

GROENF. NDUK, CA. (1987). "Vom Ausländer /um Mitbürger. Die symbolische und faktische Bedeutung des Wahlrechts für ausländische Immigranten", //: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 1/1987 (Baden-Baden: Nomos), pp.21-25.

GREIMAS, A. J. e COURTÉS, J. (s.d). *Dicionário de Semiótica*, trad. bras. de A. D. Lima et al, São Paulo: Cultrix (original *Sémiotique: Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*. Paris. 1979).

GREIMAS Algirdas Julien e LANDOWSKI Ene (1981). "Análise Semiótica de um Discurso Jurídico: a Lei Comercial sobre as Sociedades e os Grupos de Sociedades", in: A. J. GREIMAS, *Semiótica e Ciências Sociais*, trad. bras. de A. Lorencini e S. Nitrini. São Paulo: Cultrix.

GRIMM, Dieter (1987a) "Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus", in: *Akten des 26. Deutschen Rechtskongresses: Frankfurt am Main, 22. bis 26. September 1986*, org. por Dieter Simon, Frankfurt am Main: Klostermann, pp. 45-76.

GRIMM, Dieter (1987b) "Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung /um Sozialstaat", in: *idem, Recht und Staat der hiesigen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 138-161.

GRIMM, Dieter (1989). "Verfassung", in: *Staatslexikon: Recht - Wirtschaft - Gesellschaft*. org. pela Görres-Gesellschaft, 7. ed., 5. vol (Freiburg/Basel/Wien: Herder), columnas 633-643.

GRIMM, Dicler (org.) (1990) *Entscheidende Staatsaufgaben, smkende Steuerungs-fähigkeit des Rechts*, com a colaboração de Helyn Hageuah, Baden-Baden: Nomos.

GRIMMER, Klaus (1976). "Zur Dialektik von Staatsverfassung und Gesellschaftsordnung", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 62 (Wiesbaden: Slemmer), pp. 1-26

OUSFIELD, Joseph R (1967). "Moral Passage /the Symbolic Process in Public Designations of Deviance", in: *Social Problems*. vol. 15, n. 2 (Detroit, Michigan: Society for the Study of Social Problems). pp. 173-188

GUSFIELD, Joseph R. (1986). *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*. 2. ed.. Urbana e Chicago: University of Illinois Press (1. ed.: 1963)

GÜNTIKER, Klaus (1988). *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HÄBERLE, Peter (1980a). *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts.: Athenäum.

HÄBERLE, Peter (1980b). "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation", //: *idem*, 1980a. 79-105 (primeiro in: *JZ* 1975, pp. 297-305).

HABERMAS, Jürgen (1969). *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

'trad. bras. parcial in (1980): Walter Benjamin et al, *Textos Escolhidos*, São Paulo: Abril (Coleção Os Pensadores).

HABERMAS, Jürgen (1971a) "Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann", //: J. Habermas e N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie IVas leistet die Systemforschung?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 142-290.

HABERMAS Jürgen (1971b). "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz", in: J. Habermas e N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie IVas leistet die Systemforschung?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 111-141.

HABERMAS, Jürgen (1973). *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1978). *Theorie und Praxis: Sozialphilosophische Studien*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1982a). *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, 3. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1982b). *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2. ed., Frankfurt a.M.: Suhrkamp., 2 vols.

HABERMAS, Jürgen (1983). *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1986a) "Was heisst Universalpragmatik? (1976)", in: *idem, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 353-440.

HABERMAS, Jürgen (1986b). "Wahrheitskonzepte (1972)", in: *idem, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 2° ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 127-183

HABERMAS, Jürgen (1987a) "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", in: *Kritische Justiz* 20 (Baden-Baden: Nomos), pp. 1-16.

HABERMAS, Jürgen (1987b). "Hannah Arendts Begriff der Macht", //: Jürgen Habermas, *Philosophisch-politische Profile*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 228-248

Trad. bras. (1980): "O Conceito de Poder de Hannah Arendt", in: Habermas, *Sociologia*, São Paulo: Ática pp. 100-118

HABERMAS, Jürgen (1988a). *Nachmetaphysisches Denken: Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1988b). *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HAFERKAMP, Hans e SCHMID, Michael (orgs.) (1987). *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HART, H. L. A. (1973). "Self-Referring Laws", in: *idem, Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, pp. 170-178 (primeiro in: *Festschrift till Karl Olivecrona*, Stockholm, 1964, pp. 307-316).

HAYEK, F.A. (1983). *Os Fundamentos da Liberdade*, trad. bras. de A.M. Capovilla e J.I. Stelle, Brasília: UnB, São Paulo: Visão (Original: *The Constitution of Liberty*, 1960).

HEGEL, G. W. F. (1986). *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen (Werke 7)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1. ed.: Berlin, 1821).

HEGENBARTH, Rainer (1981). "Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze", in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 14 (München/Frankfurt: Beck), pp. 202-204.

HEINTZ, Peter (1982). *Die Weltgesellschaft im Spiegel von Ereignissen*, Diesenhofen: Rüegger.

HELLER, Hermann (1934). *Staatslehre*, org. por Gerhart Niemeyer, Leiden: Sijthoff.

Trad. bras. (1968): *Teoria do Estado*, São Paulo: Mestre Jou.

HESSE, Konrad (1980). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12. ed., Heidelberg/Karlsruhe: Müller.

HESSE, Konrad (1984). "Die normative Kraft der Verfassung", in: *idem, Ausgewählte Schriften*, org. por P. Häberle e A. Hollerbach, Heidelberg: Müller, pp. 3-18.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (1981). "Fernsehkontrolle als Ritual? — Überlegungen zur staatlichen Kontrolle im amerikanischen Fernsehen", in: *Juristenzeitung* 36/3 (Tübingen: Mohr), pp. 73-82.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (1985). "Deregulierung als Konsequenz des Marktrundfunks — Vergleichende Analyse der Rundfunkrechtsentwicklung in den USA —", in: *Archiv des öffentlichen Rechts* (Tübingen: Mohr), pp. 528-576.

HOFSTADTER, Douglas R. (1986). *Gödel, Escher, Bach: ein endloses geflochtenes Band*, trad. alemã de P. Wolff-Windegg e H. Feuersee com a colaboração de W. Alexi, 8. ed., Stuttgart: Klett-Cotta.

HOLLERBACH, Alexander (1969). "Ideologie und Verfassung", in: Maihofer (org.), 1969: 37-61.

HOLMES, Stephen (1988). "Gag rules or the politics of omission", in: Jon Elster e Rune Slagstad (orgs.), *Constitutionalism and democracy (Studies in rationality and social change)*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 19-58.

HOPKINS, Terence e WALLERSTEIN, Immanuel (1979). "Grundzüge der Entwicklung des modernen Weltsystems", in: Senghaas (org.), 1979: 151-200.

HORKHEIMER, Max e ADORNO, Theodor W. (1969). *Dialektik der Aufklärung: Philosophische Fragmente* (1947), Frankfurt am Main: Fischer.

Trad. bras. (1985): *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos*, Rio de Janeiro: J. Zahar.

HUSSERL, Edmund (1982). *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, org. por Elisabeth Ströker, 2. ed., Hamburg: Meiner.

JAGUARIBE, Hélio et al. (1986). *Brasil, 2000 — para um novo pacto social*, Rio de Janeiro: Paz e Terra.

JEAMMAUD, Antoine (1983). "En tomo al problema de la efectividad del derecho", in: *Contradogmáticas*, vol. I, n- 2/3 (Santa Cruz do Sul: FISCs/ALMED), pp. 50-77.

JEAND'HEUR, Bemd (1989). "Gemeinsame Probleme der Sprach- und Rechtswissenschaft aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre", in: Friedrich Müller (org.), 1989: 17-26.

JELLINEK, Georg (1976). *Allgemeine Staatslehre*, 3. ed., Kronberg/Ts.: Athenäum.

JUNG, C. G. (1991). *Tipos Psicológicos*, trad. bras. de L.M. Endlich Orth, Petrópolis: Editora Vozes.

KALINOWSKI, Georges (1971). *Introduzione alla logica giuridica*, trad. ital. de Massimo Corsale, Milão: Giuffrè.

KARL, Walter (1991). "Gesellschaft ohne Subjekte oder Subjekte ohne Gesellschaft? Kritik der rechtssoziologischen Autopoiese-Kritik", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 12 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 120-141.

KASPRZIK, Brigitta (1985). "Ist die Rechtspositivismusdebatte beendbar? Zur Rechtstheorie Niklas Luhmanns", in: *Rechtstheorie* 16 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 367-381.

KELSEN, Hans (1946). *General Theory of Law and State*, trad. ingl. de Andeas Wedberg, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

KELSEN, Hans (1960). *Reine Rechtslehre*, 2. ed., Wien: Trautiz Deuticke (reimpressão inalterada — 1983).

Trad. port. (1974): *Teoria Pura do Direito*, 3. ed., Coimbra: Arménio Amado.

KELSEN, Hans (1966). *Allgemeine Staatslehre*, Bad Hamburg v.d. Höhe/Berlin/Zürich: Gehlen (inalterada reimpressão fotomecânica da 1. ed. de 1925).

KELSEN, Hans (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*, org. por Kurt Ringhofer e Robert Walter, Wien: Manin/..

Trad. bras. (1986). *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre, fabris.

KELSEN, Hans (1980). *Compêndio de Teoria Geral do Estado*, trad. esp. de Luis Recaséns Siches e Justino de Azcárate, 2. ed., México: Ed. Nacional.

KINDERMANN, Harald (1988). "Symbolische Gesetzgebung", in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp.222-245.

KINDERMANN, Harald (1989), "Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung", in: Rüdiger Voigt (org). *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Leske + Budrich, pp. 257-273.

KISS, Gábor (1986). *Grundzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie*, Stuttgart: Enke.

KOCH, Hans-Joachim (1977). "Emleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht", in: *idem* (org), *Seminar "Die juristische Methode im Staatsrecht: Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung"*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 13-157.

KÖNIG, Klaus (1982): "Zur Evaluation der Gesetzgebung", in: *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer-Verlag, pp.306-315.

KRAMER, Ernst A. (1972). "Integrative und repressive Wirksamkeit des Rechts", in: Manfred Rehbinder e Helmut Schelsky (orgs), *Zur Effektivität des Rechts (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, volume III)*, Düsseldorf: Bertelsmann, pp. 247-257.

KRAWIETZ, Werner e WELKER Michael (orgs.) (1992). *Kritik der Theorie sozialer Systeme: Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.

KRÜGER, Herbert (1966). *Allgemeine Staatslehre*. 2. ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer Verlag.

KRÜGER, Herbert (1968). "Verfassung und Recht in Übersee", in: *Verfassung und Recht in Übersee 1* (Hamburg: Hamburger Gesellschaft für Völkerrecht und Auswärtige Politik), pp.3-29.

LACAN, Jacques (1966). *Écrits*, Paris: Seuil.

LACAN, Jacques (1978). "L'Univers symbolique", in: *Le Séminaire de Jacques Lacan*, texto estabelecido por Jacques-Alain Miller, livro II: *Le Moi: dans la théorie de Freud et dans la technique de la psychanalyse* (1954-1955), Paris: Seuil, pp. 39-53.

Trad. bras. (1985): "O universo simbólico", in: *O Seminário*, livro 2, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, pp. 41-56.

LACAN, Jacques (1979). "A Ordem Simbólica", in: *O Seminário de Jacques Lacan*, texto estabelecido por Jacques-Alain Miller, livro 1: *Os escritos técnicos de Freud* (1953-1954). versão bras. de Betty Milan, Rio de Janeiro: Zahar, pp. 251-265

LACAN, Jacques (1988). *O Seminário*, texto estabelecido por Jacques-Alain Miller, livro 3: *As psicoses* (1955-1956), versão bras. de Aluísio Menezes, 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar.

LADEUR, Karl-Ileinz (1983). "Abwägung' — ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 69* (Wiesbaden: Steiner), pp. 463-483.

LADEUR, Karl-Ileinz (1984). "Abwägung" — ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Frankfurt am Main/New York: Campus.

LADEUR, Karl-Ileinz (1985). "Perspektiven einer postmodernen Rechtstheorie: Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der Einheit des Rechtssystems", in: *Rechtstheorie 16* (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 383-427.

LADEUR, Karl-Ileinz (1986) "Procedural Rationalität — Steigerung der Legitimationstähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie 7*. pp. 265-274.

LADEUR, Karl-Ileinz (1987). "Ein Vorschlag zur dogmatischen Neukonstruktion des (im)rechts aus Art. 8 GG als Recht auf -Ordnungsstörung", in: *Kritische Justiz 20* (Baden-Baden: Nomos), pp. 150-157.

LADEUR, Karl-Ileinz (1990). "Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozessualisierung des Rechts: Von der Schrankenziehung zur Steuerung von Beziehungssystemen". in Dieter Grimm (org). 1990:187-216.

LADEUR, Karl-Ileinz (1991) "Gesellschaftsrelational. Riehlerrecht und Konventionsbildung in Kognitivistischer Perspektive — Handeln unter Unge-

wissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 11 (Stuttgart: Steiner), pp. 176-194.

LADEUR, Karl-Heinz (1992). *Postmoderne Rechtslehre*, Berlin: Duncker & Humblot.

LAFER, Celso (1988). *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo: Companhia das Letras.

LALANDE, André (org.) (1992). *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, vol.2, Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France (edição original, em fascículos, no *Bulletin de la Société française de Philosophie*, 1902-1923).

LAMOUNFER, Bolívar (1981). "Representação política: a importância de certos formalismos", in: *idem*, Francisco G. Weffort e Maria Victória Benevides (org.), *Direito, cidadania e participação*, São Paulo: T.A. Queiroz, pp. 230-257.

LAPLANCHE, J. e PONTALIS, J. B. (1985). *Vocabulário de Psicanálise*, sob a direção de D. Lagache, trad. port. de P. Tamen, 8. ed., São Paulo: Martins Fontes (original: *Vocabulaire de la Psychanalyse*, Paris, 1967).

LARENZ, Karl (1978). *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. port. de J. de S. e Brito e J. A. Veloso, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian (original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. edição, 1969).

LASSALLE, Ferdinand (1987). "Über Verfassungswesen", in: *Reden und Schriften*, org. por Hans-Jürgen Friederici, Köln: Röderberg, pp. 120-147. Trad. bras. (1980): *Que é uma Constituição?*, Porto Alegre: Vozes.

LASSWELL, Harold (1982). "A linguagem do Poder", in: *idem* [org.], *A Linguagem da Política*, trad. bras. de L. D. Vivacqua e Silva e S. de Castro Neves, 2. ed., Brasília: Ed. UNB, pp. 7-20 (Original: *The Language of Politics*, 1949).

LEAL, Aurelino (1915). *História Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.

LEFORT, Claude (1981). "Droits de l'homme et politique", in: *idem*, *L'Invention Démocratique: Les limites de la domination totalitaire*, Paris: Fayard, pp. 45-83. Trad. bras. (1987): "Direitos do homem e política", in: *A Invenção Democrática: Os Limites do Totalitarismo*, 2. ed., São Paulo: Brasiliense, pp. 37-69.

LEMAIRE, Anika (1989). *Jacques Lacan: uma introdução*, trad. bras. de D. Checchinato, 4. ed., Rio de Janeiro: Campus (Original: *Jacques Lacan*, 10. ed., Bruxelas, 1977).

LENK, Klaus (1976). "Zur instrumentalen Funktion des Rechts bei gesellschaftlichen Veränderungen", in: *Verfassung und Recht in Übersee* 9

(Umburg: Hamburger Gesellschaft für Völkerrecht und Auswärtige Politik), pp. 139-156.

LENK, Kurt (org.) (1972). *Ideologie. Ideologiekritik und Wissenssoziologie*, 6. ed., Darmstadt/Neuwied: Luchterhand.

LESBAUPIN, Ivo (1984). *As Classes Populares e os Direitos Humanos*, Petrópolis: Vozes.

LÉVI-STRAUSS, Claude (1958). *Anthropologie Structurale*, Paris: Plon. Trad. bras. (1967): *Antropologia Estrutural*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

LÉVI-STRAUSS, Claude (1974). "Introdução à Obra de Marcel Mauss", in: Marcel Mauss, *Sociologia e Antropologia*, vol. I, trad. bras. de L. Puccinelli, São Paulo: E. P. U./EDUSPE, pp. 1-36.

LOEWENSTEIN, Karl (1942). *Brazil under Vargas*, New York: Macmillan.

LOEWENSTEIN, Karl (1956). "Gedanken über den Wert von Verfassungen in unserem revolutionären Zeitalter", in: Arnold J. Zurcher (org.), *Verfassungen nach dem zweiten Weltkrieg*, trad. alemã de Ebba Vockrodt, Meisenheim am Glan: Hain, pp. 210-246.

LOEWENSTEIN, Karl (1975). *Verfassungslehre*, trad. alemã de Rüdiger Boerner, 3. ed., Tübingen: Mohr.

LUTTMANN, Niklas (1962). "Wahrheit und Ideologie: Vorschläge zur Wiederaufnahme der Diskussion", in: *Der Staat* 1 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 431-448.

LUTTMANN, Niklas (1965). *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot.

LUTTMANN, Niklas (1971). "Systemtheoretische Argumentationen: Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas", in: J. Habermas e N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie — Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 291-405.

LUHMANN, Niklas (1973a) *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1973b). "Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems", in: *Der Staat* 12 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 1-22 e 165-182.

LUTTMANN, Niklas (1974). *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer.

LUTTMANN, Niklas (1975a). "Einführende Bemerkungen zu einer Theorie symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien", in: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 170-192.

LUHMANN, Niklas (1975b). "Komplexität", in: *idem, Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 204-20.

LUHMANN, Niklas (1975c). "Die Weltgesellschaft", in: *idem., Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 51-71 (primeiro *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57 [1971], pp. 1-35).

LUHMANN, Niklas (1980). *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, vol. I, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1981a). *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1981b). "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", in: *idem*, 1981a: 113-153 (primeiro in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* I [1970], pp. 175-202).

LUHMANN, Niklas (1981c). "Funktionale Methode und juristische Entscheidung", in: *idem*, 1981a: 273-307 (primeiro in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 94 [1969], pp. 255-276).

LUHMANN, Niklas (1981d). "Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung", in: *idem*, 1981a: 73-91 (primeiro in: n. complementar 8 des *Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, 1974, pp. 31-45).

LUHMANN, Niklas (1981e). "Erleben und Handeln", in: *idem, Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 67-80.

LUHMANN, Niklas (1981f). "Schematismen der Interaktion", in: *idem, Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 81-100.

LUHMANN, Niklas (1981g). "Machtkreislauf und Recht in Demokratie", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 158-167.

LUHMANN, Niklas (1981h). "Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive", in: *idem*, 1981a: 419-450 (primeiro in: *Rechtstheorie* 10 [1979], pp. 159-185).

LUHMANN, Niklas (1981i). "Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie", in: *idem*, 1981a: 241-272 (primeiro in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 [1972], pp. 255-276).

LUHMANN, Niklas (1981j). *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, Munique Olzog.

LUHMANN, Niklas (1981k). "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", in: *idem*, 1981a: 374-418 (primeiro in: *Rechtstheorie* 4 [1973], pp. 131-167).

LUHMANN, Niklas (1981l). "Rechtswang und politische Gewalt", in: *idem*, 1981 a: 154-172.

LUHMANN, Niklas (1982). *Funktion der Religion*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1983a). *Legitimation durch Erfahrung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1983b). "Die Einheit des Rechtssystems", in: *Rechtstheorie* 14 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 129-154.

LUHMANN, Niklas (1984a). "Reflexive Mechanismen", in: *idem, Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 5. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 92-112 (primeiro in: *Soziale Welt* 17 [1966], pp. 1-23).

LUHMANN, Niklas (1984b). "The Self-Reproduction of the Law and its Limits", in: Felipe Augusto de Miranda Rosa (org.), *Direito e Mudança Social*, Rio de Janeiro: OAB-R.i, pp. 107-128.

LUHMANN, Niklas (1984c). "Positives Recht und Ideologie", in: *idem, Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 5. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 178-203.

LUHMANN, Niklas (1985). "Einige Probleme mit 'reflexivem Recht'", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 1-18.

LUHMANN, Niklas (1986a). *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen: Westdeutscher Verlag.

LUHMANN, Niklas (1986b). "Die Codierung des Rechtssystems", in: *Rechtstheorie* 17 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 171-203.

LUHMANN, Niklas (1986c). *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am Main: Metzner.

LUHMANN, Niklas (1987a). *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1987b). *Rechtssoziologie*, 3. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag.

LUHMANN, Niklas (1987c). "Aulopoiesis als soziologischer Begriff", in: II. Ilafekamp e M. Schroid (orgs.), 1987' 307-324

LUHMANN, Niklas (1987d). "Participation und Legitimation: Die Ideen und die Erläuterungen", in: *idem. Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur*

funktionalen Differenzierung der Gesellschaft, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 152-160.

LUHMANN, Niklas (1988a). *Kiacht*, 2. cd., Stuttgart: Enke.

LUHMANN, Niklas (1988b). "Positivitat als Selbstbestimmtheit des Rechts", in: *Rechtstheorie* 19 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 11-27.

LUHMANN, Niklas (1989a). *Wirtschaft und Recht: Probleme struktureller Kopplung*, Bielefeld (mimeo).

LUHMANN, Niklas (1989b). "Le droit comme systeme social", in: *Droit et Société*, n. 11-12 (Paris/Vaucresson: L. G. D. J. /C.R.I.V.), pp. 53-66.

LUHMANN, Niklas (1990a) "Verfassung als evolutionäre Emingenschaft", in: *Rechtshistorisches Journal* 9 (Frankfurt am Main: Löwenklau), pp. 176-220.

LUHMANN, Niklas (1990b). "Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung", in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 12 (Wien:Manz), pp. 1-13.

LUHMANN, Niklas (1990c). *Paradigma löst: Über die ethische Reflexion der Moral: Rede anlässlich der Verleihung des Hegel-Preises 1989*, incluída a "Laudatio" de Robert Spaemann, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1990d). *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1991a). "Der Gleichheitssatz als Form und als Norm", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 77 (Stuttgart: Steiner), pp. 435-445.

LUHMANN, Niklas (1991b). "Steuering durch Recht? Einige klarstellende Bemerkungen", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 12 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 142-146.

LUHMANN, Niklas (1992). "Zur Einführung", in: Neves, 1992: 1-4.

LUHMANN, Niklas (1993). *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas e SCHORR, Eberhard (1988). *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LYONS, John (1979). *Introdução à Lingüística Teórica*, trad. bras. de R. V. Mattos e Silva e II. Punentel, São Paulo: Ed. Nacional/EDUSP.

MADDOX, Graham (1989). "Constitution", in: T. Bali, J. Farr e R. L. Hanson (ed.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 50-67.

MAIHOFFER, Wemer (org.) (1969). *Ideologie und Recht*, Frankfurt am Main: Klostermann.

MAIHOFFER, Wemer (1970). "Die gesellschaftliche Funktion des Rechts", in: R. Lautmann, W. Maihofer e II. Schelsky (orgs.), *Die Funktion des Rechts*

in der modernen Gesellschaft (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, vol. I), Bielefeld: Bertelsmann, pp. 11-36.

MARCUSE, Herbert (1967). *Der eindimensionale Mensch: Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft*, trad. alemã de Alfred Schmidt, Neuwied/Berlin: Luchterhand (Original: *One-Dimensional Man*, Boston, 1964).

MARSHALL, T. H. (1976). *Class, Citizenship, and Social Development*, Westport, Connecticut: Greenwood Press (Reimpressão da ed. de New York, 1964).

MARX, Karl (1988). "Zur Judenfrage", in: Karl Marx e Friedrich Engels, *Werke*, vol. I, 15. ed., Berlin: Dietz Verlag, pp. 347-377 (primeiro in: *Deutsch-Französische Jahrbücher*, Paris, 1944).

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich (1990). *Die deutsche Ideologie. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer und Stirner, und des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten* (1845-1846), in: K. Marx e F. Engels, *Werke*, vol. 3, 9. ed., Berlin: Dietz, pp. 9-530 (1. ed.: Moskau, 1932).

MASSING, Otwin (1989). "Identität als Mythopoem. Zur politischen Symbolisierungsfunktion verfassungsgerichtlicher Spruchweisen", in: Rüdiger Voigt (org.), *Politik der Symbole, Symbole der Politik*, Opladen: Leske + Budrich, pp. 235-256.

MATURANA, Humberto R. (1982). *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, trad. alemã de Wolfgang K. Köck, Braunschweig/Viesbaden: Vieweg.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. (1980). *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. (1987). *Der Baum der Erkenntnis*, trad. alemã de Kurt Ludwig, 3. ed., Beni/München/Vien: Scherz.

MAYHEW, Leon II. (1968). "Introduction: A Case Study in Institutionalization", in: *idem*, *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, pp. 1-31.

MAYNTZ, Renate (1983). "Zur Einleitung: Probleme der Theoriebildung in der Implementationsforschung", in: *idem* (org.), *Implementation politischer Programme II: Ansätze zur Theoriebildung*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 7-24.

MAYNTX, Renato (1988). "Berücksichtigung von Implementationsproblemen bei der Gesetzesentwicklung. Zum Beitrag der Implementationslehre zur Gesetzgebungstheorie", in: D. Grimm e W. Maihofer (orgs.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 130-150.

MCILWAIN, Charles Howard (1940). *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, New York: Cornell University Press.

MPCIIAM, J. Lloyd (1959), "The American Constitution: Nominal and Real", in: *The Journal of Politics* 21 (New York: AMS Press), pp. 258-275.

MELLO, José Luís de Anhaia (1968). *Da separação de poderes à guarda da Constituição; as cortes constitucionais*, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MITCHELL, J. Afonso Arinos de (1958-1960). (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro: forense, 1958 (vol. 1) — 1960 (vol. 2))

MLNDF.S, Gilmar Ferreira (1990). *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva.

MKRTON, Robert K. (1968). *Social Theory and Social Structure*, New York/London: The Free Press/ Collier-Macmillan (1. ed., 1949).

MIAILLH, Michel (1980). *L'État du Droit. Introduction à une critique du droit constitutionnel*. Grenoble: Presse Universitaire de Grenoble/Le français Maspero.

MICHTLS, Carlos, RAMALHO, José Livaldo e MARFINS, João Carlos (s.d.). "Patulêia, Democracia e Constituinte: Uma reflexão sobre a contemporaneidade de nossa formação sócio-política na constituinte", in: Vânia Lomônaco Bastos e Tânia Moreira da Costa (orgs.), *Constituinte: Questões Polêmicas* (Caderno CEAC/UnB, ano 1, n. 2), Brasília: UnB, pp. 17-27.

MIRANDA, Jorge (org.) (1980). *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda.

MONESQUIEU (1773). *De l'Esprit des Lois*, vol. I, Paris: Garnier.

MORRIS, Ch. W. (1938). "Foundation of the Theory of Signs", in: *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. I, Nr. 2, Chicago: Chicago University Press (12. impressão. 1966).

MÜLLER, Friedrich (1975). *Recht Sprache Gewalt: Entstehung einer Verfassungstheorie I*, Berlin: Duncker & Humblot.

MÜLLER, Friedrich (1984). *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.

MÜLLER, Friedrich (org.) (1989). *Untersuchungen zur Rechtstheorie: Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot.

MÜLLER, Friedrich (1990a). *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot.

MÜLLER, Friedrich (1990b). *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, org. por Ralph Christensen, Berlin: Duncker & Humblot.

MÜNCH, Richard (1985). "Die sprachliche Systemtheorie. Systemdifferenzierung und Integration durch Indifferenz", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 19-28.

NABUCO, Joaquim (1936). *Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo — sua vida, suas opiniões, sua época*, tomo U, São Paulo/Rio de Janeiro: Ed. Nacional/Civilização Brasileira.

NAGERA, Flumberto (org.) (1981). *Conceitos Psicanalíticos Básicos da Teoria dos Sonhos*, trad. bras. de A. Cabral, São Paulo: Cultrix, 1981.

NAHAMOWITZ, Peter (1985). "Reflexives Recht": Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen Steuerungskonzepts", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 29-44.

NAHAMOWITZ, Peter (1990). "Autopoietische Rechtstheorie: mit dem baldigen Ableben ist zu rechnen — Kritische Anmerkungen zu: Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System", in: *Zeitschrift für Rechtstheorie* 11 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 137-155.

NARR, Wolf-Dieter e OFFE, Claus (orgs.) (1975a). *Wohlfahrtsstaat und Massenloyalität*, Köln: Kippenheuer & Witsch.

NARR, Wolf-Dieter e OFFE, Claus (1975b). "Einleitung", in: idem (orgs.), 1975a 9-46.

NEPP-UNICAMP = Núcleo de Estudos em Políticas Públicas — Universidade Estadual de Campinas (1986). *Brasil 1985: Relatório sobre a Situação Social do País*, vol. I, Campinas: UNICAMP.

NEPP-UNICAMP = Núcleo de Estudos em Políticas Públicas — Universidade Estadual de Campinas (1988). *Brasil 1986: Relatório sobre a Situação Social do País*, Campinas: UNICAMP.

NERSESIANTS, Vladik (1982). "El derecho como factor del desarrollo social", in: *Memória do X Congresso Mundial Ordinário de Filosofia do Direito y Filosofia Social*, vol. 9 (México: UNAM), pp. 175-178.

NEVES, Marcelo (1988). *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, São Paulo: Saraiva.

NEVES, Marcelo (1990), "T. H. Marshall's 'Citizenship and Social Class' and the political development of Brazil", comunicação apresentada ao seminário "Die soziologische Analyse von Gerechtigkeitsnormen", dirigido pelo Prof. Claus Offe, no departamento de Sociologia da Universidade de Bremen, no semestre de inverno de 1990-1991 (mimeo).

NEVES, Marcelo (1991). "A Crise do Estado: Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão", in: *Anais 16. Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil* (10 a 14 de Novembro de 1991), vol. 1, Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, pp. 157-172.

NEVES, Marcelo (1992). *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot.

NOHLEN, Dieter e STURM, Roland (1982). "Über das Konzept der strukturellen Heterogenität in: Dieter Nohlen e Franz Nuscheler (orgs.), *Handbuch der Dritten Welt*, 2. ed., vol. I (*Unterentwicklung und Entwicklung: Theorien, Strategien, Indikatoren*), Hamburg: Hoffmann und Campe, pp. 92-116.

NOLL, Peter (1972). "Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen", in: Manfred Rehbinder e Helmut Schelsky (orgs.), *Zur Effektivität des Rechts (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. HI), Düsseldorf: Bertelsmann, pp. 259-269.

NOLL, Peter (1981). "Symbolische Gesetzgebung", in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (nova série) 100 (Basel: Helbing & Lichtenhahn), pp. 347-364.

OFFE, Claus (1976). "Editorial", in: Murray Edelman, *Politik als Ritual: die symbolische Funktion staatlicher Institutionen und politischen Handelns*, Frankfurt am Main/New York: Campus, pp. VJJ-X.

OFFE, Claus (1977). *Strukturprobleme des Kapitalistischen Staates: Aufsätze zur Politischen Soziologie*, 4. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.

ÖHLINGER, Theo (1975). *Der Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Wien: Manz.

OLIVECRONA, Karl (1968). *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. esp. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Centro Editor de America Latina.

OST, François (1986). "Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique au droit", in: *Archives de Philosophie du Droit* 31 (Paris: Sirey), pp. 133-162.

PACFIECO, Cláudio (1958). *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. I, Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos.

PARSONS, Talcott (1967). "Recht und soziale Kontrolle", in: Ernst E. Hirsch e Manfred Rehbinder (orgs.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie* (n- especial — Sonderheft — 11 da *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*), Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 121-134.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alexandre (1969). *La Notion de l'État*, vol. II, trad. franc. de Jean R. Weiland, Paris: Sirey (original: *The Notion of the State*, Oxford, 1967).

PEIRCE, Charles S. (1955). *Philosophical Writings*, sei. e cd. por J. Buchler, New York: Dover.

PEIRCE, Charles S. (1977). *Semiótica*, trad. bras. de J. T. Coelho Netto, São Paulo: Perspectiva.

PEIRCE, Charles S. (1985). "Über Zeichen", in: *idem, Die Festigung der Überzeugung und andere Schriften*, trad. alemã, org. por Elisabeth Walther, Frankfurt am Main/Berlin/Viena: Ullstein, pp. 143-167.

PIAGET, Jean (1975). *A formação do símbolo na criança: imitação, jogo e sonho, imagem e representação*, trad. bras. de A. Cabral e C. M. Oiticica, 2. ed., Rio de Janeiro/Brasília: Zahar/FNL.

PIMENTA BUENO, José Antônio (1857). *Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império*, Rio de Janeiro: Villeneuve.

PINTO FERREIRA, [Luiz] (1962). *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, t. 1., 4. ed., São Paulo: Saraiva.

PINTO FERREIRA, [Luiz] (1975). *Teoria Geral do Estado*, vol. 1. 3. ed., São Paulo: Saraiva.

PONTES DE MIRANDA, [F. C.] (1932). *Os fundamentos Actuaes do Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas.

PONTES DE MIRANDA, [F. C.] (1961). *Comentários à Constituição de 1946*, X. 1, Rio de Janeiro: Borsoi.

PONTES DE MIRANDA, [F. C.] (1970/1973). *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo 1:1970, tomo 11(2.tiragem): 1973.

PONTES DE MIRANDA, [F. C.] (1972). *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, tomo I: *Introdução à Ciência do Direito*, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi.

POULANTZAS, Nicos (1967). "A propos de la theorie marxiste du droit", in: *Archives de Philosophie du Droit* 12 (Paris: Sirey), pp. 145-162.

POULANTZAS, Nicos (1978). *L'Etat, le Pouvoir, le Socialisme*, Paris: PUF. Trad. bras. (1985): *O Estado, o Poder, o Socialismo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Graal.

PREUSS, Ulrich K. (1984). *Politische Verantwortung und Bürgerloyalität: Von den Grenzen der Verfassung und des Gehorsams in der Demokratie*, Frankfurt am Main: S. Fischer.

PREUSS, Ulrich K. (1989). "Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie", in: *Kritische Justiz* 22 (Baden-Baden: Nomos), pp. 1-12.

QUIJANO, Anibal (1974). "Marginaler Pol der Wirtschaft und marginalisierte Arbeitskraft", in: Senghaas (org.), 1974a: 298-341.

RAWLS, John (1990). *A Theory of Justice* (1972), Oxford: Oxford University Press. Trad. bras. (1981): *Uma Teoria da Justiça*, Brasília. UnB.

REALE, Miguel (1968). *O direito como experiência (Introdução à epistemologia jurídica)*, São Paulo: Saraiva.

RHALE, Miguel (1983). "Momentos decisivos do constitucionalismo brasileiro", //: *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, Nr. 77 (Brasília: Senado Federal), pp. 57-68.

RITTER, Ernst-Ilasso (1968). "Die Verfassungswirklichkeit — Eine Rechtsquelle?", in: *DerStaat I* (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 352-370.

RODRIGUES, José Carlos (1963). *Constituição Política do Império do Brazil* Rio de Janeiro: Laemmert

RONNEBERGER, Franz (1968). "Verfassungswirklichkeit als politisches System", //: *DerStaat I*. (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 409-429.

ROSS, Alf (1959). *On Law and Justice*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press.

ROSS, Alf (1969). "On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law", //: *Mind* 78 (Oxford: Blackwell), pp. 1-24.

ROSS, Alf (1971). *Lógica de las normas*, trad. esp. de José Hierro, Madrid: Tecnos.

ROTTLEUTHNER, Hubert (1981). *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg/München: Alber.

ROUSSAU, Jean-Jacques (1975). "Du contrat Social", in: *idem, Du Contrat Social et autres Oeuvres politiques*, Paris: Garnier, pp. 235-336.

RUBINSTEIN, David (1988). "The concept of justice in sociology", //: *Theory and Society* 17 ([Dordrecht:] Kluwer Academic Publishers), pp. 527-550.

RUSSEL, Bertrand (1968). *Logic and Knowledge. ----- Essays, 1901-1950*, London/New York: Allen & Unwin/Macmillan (1. ed.: 1956).

RYFFEL, Hans (1972). "Bedingende Faktoren der Effektivität des Rechts", in: Manfred Rehbinder e Helmut Schelsky (orgs.), *Zur Effektivität des Rechts (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, vol. III)*, Düsseldorf: Bertelsmann, pp. 225-246.

RYFFEL, Hans (1974). *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied/Berlin: Luchterhand.

SACHICA, Luis Carlos (1980). *El contrato de Constitucionalidad y sus Mecanismos*, 2. ed., Bogotá: Temis.

SAUSSURE, Ferdinand de (1922). *Cours de linguistique générale*, Paris: Payot.

Trad. bras. (s.d.): *Curso de Linguística Geral*, 12. ed., São Paulo: Cultrix.

SCHLSKY, Helmut (1970). "Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie", //: R. Lautmann, W. Maihofer e H. Schelsky (orgs.), *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*

(Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, vol. I), Bielefeld: Bertelsmann, pp. 37-89.

SCHILD, Wolfgang (1986). "Funktionale und nicht-funktionale Bedeutung des Gesetzes. Einige Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre am Beispiel des materiellen Strafrechts", in: Ilmar Tammelo e Erhard Mock (orgs.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung: Festschrift für Robert Weimar*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 195-215.

SCHINDLER, Dietrich (1967). *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 4. ed., Zürich: Schulthess.

SCHLUCHTER, Wolfgang (1979). *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, Tübingen: Mohr.

SCHMIDT-WULFFEN, Wulf D. (1987). "10 Jahre entwicklungstheoretischer Diskussion: Ergebnisse und Perspektiven für die Geographie", in: *Geographische Rundschau* 39 (Braunschweig: Westermann), pp. 130-135.

SCHMITT, Carl (1970). *Verfassungslehre*, 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot (reimpressão inalterada da 1. ed., publicada em 1928). Trad. esp. (1970): *Teoría de la Constitución*, México: Editora Nacional.

SCHREIBER, Rupert (1962). *Logik des Rechts*, Berlin/Göttingen/Heidelberg: Springer-Verlag.

SEARLE, John (1973). "Linguistik und Sprachphilosophie", in: Renate Bartsch e Theo Vennemann (orgs.) *Linguistik und Nachbarwissenschaften*, Kronberg/Idstein: Scriptor, pp. 113-125.

SENGHAAS, Dieter (org.) (1972). *Imperialismus und strukturelle Gewalt: Analysen über abhängige Reproduktion*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

SENGHAAS, Dieter (org.) (1974a). *Peripherer Kapitalismus: Analysen über Abhängigkeit und Entwicklung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

SENGHAAS, Dieter (1974b). "Elemente einer Theorie des peripheren Kapitalismus (Vorwort)". in: *idem* (org.), 1974a:7-36.

SENGHAAS, Dieter (org.) (1979). *Kapitalistische Weltökonomie: Kontroverse über ihren Ursprung und ihre Entwicklungsdynamik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

SILVA, José Afonso da (1982). *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

SKINNER, Quentin (1989). "Language and political change", in: T. Ball, J. Farr e R. L. Hanson (ed.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 6-23.

SMEND, Rudolf (1968). "Verfassung und Verfassungsrecht" (1928), in: *idem, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, pp. 119-276.

SOUSA, Joaquim Rodrigues de (1867). *Anuário e Compendário da Constituição Política do Império do Brasil ou Theoria e Pratica do Governo Constitucional Brasileiro*, vol.I, São Luiz: B. de Mattos.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (1977). "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada", in: *Law & Society Review* 12 (Denver, Colorado: Law and Society Association), pp. 5-126.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (1980). "Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasargada", in: Cláudio Santo e Joaquim Falcão (orgs.), *Sociologia e Direito: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*, São Paulo: Pioneira, pp. 109-117.

SOUSA SANTOS, Boaventura (1987) "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", in: *Journal of Law and Society* 14 (Oxford: Robertson), pp. 279-302.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (1988). *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre: Fabris (primeiro in: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1980).

SOUTO, Cláudio (1978). *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*, Porto Alegre: Fabris.

SOUTO, Cláudio (1984). *Allgemeinste wissenschaftliche Grundlagen des Sozialen*, Wiesbaden: Steiner.

SOUTO, Cláudio (1992). *Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade*, Porto Alegre: Fabris.

SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange (1981). *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro/São Paulo: Livros Técnicos e Científicos Editora/Editora da Universidade de São Paulo.

SOUTO, Cláudio e SOUTO, Teresa (1991). "Crime como Vingança, Ministério Público e Ciência Social do Direito", Recife (mimeo).

STERN, Klaus (1984). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik*, vol. I, 2. ed., München: Beck.

STOURZH, Gerald (1975 ou 1989). "Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff. Zur Entwicklung in Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert", in: F. Engel-Janosi, G. Klingenstein e H. Lutz (orgs.), *First, Bürger, Mensch: Untersuchungen zu politischen und soziokulturellen Wandlungsprozessen im vorrevolutionären Europa*, München: R. Oldenbourg, 1975, pp. 97-122. Posteriormente, com pequenas alterações: "Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff. Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert", in: Gerald Stourzh, *IVeje zur Gmmdrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Wien/Köln: Böhlau, 1989: 1-35.

SUNKEL, Osvaldo (1972). "Transnationale kapitalistische Integration und nationale Desintegration: Der Fall Lateinamerika". in: Senghaas (org.), 1972: 258-315.

TEUBNER, Günther (1982). "Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68 (Wiesbaden: Steiner), pp. 13-59.

TEUBNER, Günther (1987a). "Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese", in: H. Haferkamp e M. Schmid, (orgs.) 1987: 89-128.

TEUBNER, Günther (1987b). "Episodenverknüpfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht", in: Baecker et al (orgs.), 1987: 423-446.

TEUBNER, Günther (1988). "Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtssetzung", in: D. Grimm e W. Maihofer (orgs.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 13), Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 45-64.

TEUBNER, Günther (1989). *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

TEUBNER, Gunter e WILLKE, Helmut (1984). "Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 4-35.

TIMASHEFF (TIMACHEFF), N.S (1936): "Le droit, l'éthique, le pouvoir : Essai d'une théorie sociologique du droit", in: *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie Juridique*, n. 1-2 (Paris: Sirey), pp. 131-165.

TIMASHEFF (TIMACHEFF), N.S. (1937-1938): "What is 'sociology of law'?", in: *The American Journal of Sociology* 43, Julho 1937 — Maio 1938 (Chicago, Illinois: The University of Chicago Press), pp. 225-235.

TOPITSCH, Ernst (1959). "Ideologie", in: *Staatslexikon: Recht — Wirtschaft — Gesellschaft*, org. pela Görres-Gesellschaft, 6. ed., 4. vol. (Freiburg: Herder), colunas 193-201.

TORRES, Alberto (1978). *A organização nacional: Primeira parte, A Constituição*, 3. ed., São Paulo: Ed. Nacional (1. ed.: 1914).

TORRES, João Camilo de Oliveira (1957). *A Democracia Coroada (Teoria Política do Império do Brasil)*. Rio de Janeiro: José Olympio.

TORRES, João Camilo de Oliveira (1962). *O Presidencialismo no Brasil*, Rio de Janeiro: O Cruzeiro

TREVES, Renato (1978). *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. esp. de Manuel Atienza, Madrid: Trotta.

VARF.LA, Francisco (1983). "I/auto-organiisaion: de Fapparenc au meca-
nismo", in: Paul Dumouchel e Jean-Pierre Dupuy, /, *auto-organisation: De
la physique au politique*, Paris: Seuil, pp. 147-162.

VELHO, Gilberto (1980). "Violência e Cidadania", in: *dados - Revista de Ci-
ências Sociais*, vol. 23, n. 3 (Rio de Janeiro: IUPERJ/Campus), pp. 361-
364.

VERNENGO, Roberto José (1976). *Curso de teoria general dei derecho*, 2. ed.,
Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales.

VIANNA, Oliveira (1939). *O Idealismo da Constituição*, 2. ed., São Paulo/Rio
de Janeiro/Recife/Porto Alegre: Ed. Nacional.

VIEHWEG, Theodor (1974). *Topik und Jurisprudenz*, 5*-ed., München: Beck.
Trad. bras. (1979): *Tópica e Jurispmidência*, Brasília: Departamento de
Imprensa Nacional.

VILANOVA, Lourival (1953). *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Esta-
do*, Recife: Tese para a cátedra de Teoria Geral do Estado (Faculdade de
Direito da Universidade do Recife).

VILANOVA, Lourival (1977). *As Estruturas Lógicas e o Siste ma do Direito
Positivo*, São Paulo: R. T./EDUC.

VILLEGAS, Maurício Garcia (1991). "La Constitución e su Eficácia Simbó-
lica", /:/: *Revista Cniversidad de Antioquia*, vol. LX, n. 225 (Medellín:
Universidad de Antioquia), pp. 4-21.

VISSERT HOOFT, H. Ph. (1974). "La philosophie da langage ordinaire et le
droit", in: *Archives de Philosophie du Droit* 19 (Paris: Sirey), pp. 19-23.

VOIGT, Rildiger (1980). ••Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft". //:/: *idem*
(org.), *Verrechtlichung: Analysen zu Funktion und Wirkung von Par/amen-
talisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozia/er, politischer
und ökonomischer Prozesse*, Königstein: Athenaum, pp. 15-37.

VOIGT, Rüdiger (1983). "Gegentendenzen zur Verrechtlichung: Verrechtli-
chung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohltährts-
staat", /:/: *idem* (org.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung (Jahrbuch für
Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 9), Opladen: Westdcutscher Verlag,
pp. 17-41.

VOIGT, Rüdiger (1989). "Mythen, Rituale und Symbole in der Politik", in:
idem (org.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Leskc +
Budrich, pp. 9-37.

VON WRIGHT, Georg Hennk (1970). *Norma y Acción: una investigación ló-
gica*, trad. esp. de P.G. Ferrero, Madrid: Technos.

WALLERSTEIN, Immanuel (1979). "Aufstieg und Künftiger Niedergang des
kapitalistischen Weltsystems". in: Scnghaas (org.). 1979: 31-67.

WALTER, Robert (1975). Resenha sobre o livro de Friedrich Müller "Juns-
tische Methodik", in: *Juristische Blätter* 97 (Wien/New York: Springer-
Verlag), pp. 443-44.

WARAT, Luís Alberto (1972). *Semiótica y derecho*, Buenos Aires: Eikón.

WARAT, Luis Alberto (1979). *Mitos e teorias na interpretação da lei*, Porto
Alegre: Síntese.

WARAT, Luis Alberto (1984). *O direito e sua linguagem*, com a colaboração de
L.S. Rocha e G.G. Cittadino, Porto Alegre: Fabris.

WEBER, Max (1968a). "Idealtypus, lhandlungssntniktur und Verhaltensinterpre-
tation (Auszüge)", in: *idem, Methodologische Schriften*, org. por Johannes
Winckelmann, Frankfurt am Mam: Fischer, pp. 65-167.

WEBER, Max (1968b). "Die drei reinen Typen der legilimen Herrschaft", in:
idem, Methodologische Schriften, org. por Johannes Wmckelmann, Frank-
furt am Mam: Fischer, pp. 215-28 (primeiro in: *Preussische Jahrbucher*,
vol. 187, 1922).

WEBER, Max (1973). "Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozial-
politischer Erkenntnis", in: *idem, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschafts-
lehre*, 4. ed., org. por Johannes Wmckelmann, Tübingen: Mohr, pp. 146-
214 (primeiro in: *Archiv für Sozialwissensehaft und Sozialpolitik*, 19. vol.,
1904).

WEBER, Max (1 985). *Hirlschaft und Gesellschaft: Gnmdriss der verstehenden
Soziologie*, 5. ed., org. por Johannes Winckelmann, Tübingen: Mohr.

WEFFORT, Francisco Corrêa (1981). "A cidadania dos trabalhadores", in: Bo-
lívar Lamounier, Francisco C. WelTort e Mana Victoria Benevides (orgs.),
Direito, cidadania e participação, São Paulo: T. A. Queiroz, pp. 139-150.

WERLE, Raymund (1982). "Aspekte der Verrechtlichung", in: *Zeitschrift für
Rechtssoziologie* 3 (Opladen: Wesldeutscher Verlag), pp. 2-13.

WFMMER, Ramer (1989). "Bemerkungen zum Exposé von Christensen/Je-
andTTeur", in: Friedrich Müller (org.), 1989: 13-16.

WINCKELM ANN, Johannes (1952): *Legitimität und Legalität in Max Webers
Herrschaftssoziologie*, Tübingen: Molir.

WITTGENSTEIN, Ludwig (1960). "Philosoplusche Untersuchungen", in: *idem,
Schriften* 1, Frankfurt am Mam: Suhrkamp, pp. 279-544.
Trad. bras. (1979): *Investigações Filosóficas*, 2. ed., São Paulo: Abril
Cultural (Os pensadores).

WITTGENSTEIN, Ludwig (1963). *Tractatus logico-philosophkus*, Frankfurt
am Mam: Suhrkamp (primeiro in: *Annalen der Naturphilosoplie*, 1921).

ZOLO, Danilo (1986). "Autopoiesis: un paradigma conservatore", in: *Micro
Mega* 1/86 (Roma: Periodici Culturale), pp. 129-173.