

Constituição simbólica e concretização constitucional na resolução de conflitos sociais: uma reflexão crítica sobre a manutenção dos direitos fundamentais, diante da expansão punitiva

Fernando Antonio da Silva Alves

Bacharel em Direito – UFRN;

Especialista em Ciências Criminais – UNP;

Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra;

Mestre em Ciência Política – PUC/SP;

Doutor em Direito Público – UNISINOS;

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal – Faculdade Maurício de Nassau/RN.

Natal – RN [Brasil]

profferando71@uol.com.br

Observa-se, neste texto, que o conceito de constituição simbólica é fundamental para se entender o processo de concretização constitucional e de até que ponto o caráter simbólico da legislação em sociedades de modernidade tardia como o Brasil, diante dos modelos penais desenvolvidos na experiência histórica dos sistemas jurídicos, influencia na crise desses modelos, culminando na manutenção dos dilemas relacionados ao atendimento das demandas sociais, fundadas em expectativas não solucionadas pela força das normas constitucionais. Desta forma, poderão ser desdobrados os caminhos para uma efetiva concretização normativa do texto constitucional, que imprima racionalidade aos modelos penais, assolados hoje por uma crise de legitimidade e efetividade no estágio atual de evolução de sociedades como a brasileira.

Palavras-chave: Concretização constitucional. Conflitos sociais. Constituição simbólica. Expansão punitiva.

1 Introdução

A baixa efetividade das normas constitucionais, no tocante à preservação dos direitos fundamentais, diante da expansão punitiva de normas infraconstitucionais, é fenômeno que suscita a observação dos estudiosos, mormente no âmbito das teorias constitucionalistas e entre os criminólogos e teóricos da ciência penal.

Antes de se falar sobre o conceito de Constituição simbólica, urge analisar a relação entre a concretização constitucional e o surgimento de um direito penal do risco. O emprego do direito penal como forma de administrar riscos traz à baila novas formas de desenvolvimento da política criminal, que podem muito bem levar a uma expansão punitiva e um consequente déficit de racionalidade da intervenção penal.

1.2 O conceito de Constituição simbólica e sua relação com os sistemas (ou modelos) penais

Segundo o constitucionalista pernambucano, Marcelo Neves, a legislação simbólica surge como uma produção de textos cuja referência manifesta é normativo-jurídica; porém, sua função primária é atender finalidades políticas que não sejam necessariamente normativo-jurídicas (NEVES, 2007).

O debate sobre a criminalização dos movimentos sociais, por exemplo, tem um caráter predominantemente simbólico, quando, na verdade, tenta-se estabelecer uma legislação que influencie a visão da opinião pública sobre atos praticados por militantes organizados, como as invasões de terra. Não se procura efetivamente uma solução para o problema da reforma agrária e nem para o da criminalidade contra o patrimônio, no momento em que se discute a proibição das atividades ou a repressão das ocupações de terras promovidas por trabalhadores rurais organizados num movimento

social. Assim como afirma Neves, baseado na análise de Kindermann: “[...] a legislação simbólica destinada principalmente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores e interesses”(p.35); de fato, ao se analisar a aplicação da Lei de Segurança Nacional contra o MST, não se deixa de perceber o discurso de classe latente entre aqueles que são os efetivos detentores de propriedades, e aqueles que não as possuem, no clássico conflito de classes havido no campo.

Ao mesmo tempo em que a legislação simbólica pode servir punitivamente para degradar determinados grupos em relação a outros na sociedade, ela também pode implicar em gestos de coesão, em que a afirmação de valores sociais pode vir externada na norma, como forma de integração social entre os diferentes, o que revela a dupla face dessa legislação. Quando o modelo ressocializador predominou na modernidade, durante determinado período, pregou-se a humanização da pena como forma de integrar a sociedade num modelo racional de gestão do aparato punitivo, onde a condição de humanidade era preservada, e, portanto, havia a possibilidade de retorno do indivíduo infrator ao pacto, após o cumprimento da pena, não sendo mais levado em conta, tão-somente, o seu castigo. Já num modelo que se propõe a destacar visivelmente cidadãos de inimigos, a diferenciação por conta do simbolismo da medida normativa, volta novamente a ganhar destaque, pela iminência de uma legislação punitiva que se não logre todos os objetivos da norma penal, pelo menos, alcance sua finalidade política: a mitigação ou supressão do sentimento de insegurança coletiva.

2 Legislação simbólica como legislação-álibi para a expansão punitiva

No caso da expansão punitiva, a legislação simbólica também pode funcionar como legislação-álibi, no momento em que diante da insatisfação

popular, o governante, seduzido pelo discurso populista e pela influência do sistema dos meios de comunicação, passa a propor reações solucionadoras ao problema criminal por meio de reformas legislativas que se apresentam como evidentes reações simbólicas à pressão pública por uma atividade estatal mais drástica, como ocorreu na publicação da Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, ou na legislação sobre execução penal, que gerou o Regime Disciplinar Diferenciado-RDD. Neves alerta que o problema da criminalidade no Brasil não decorre da falta de uma legislação tipificadora, mas sim da inexistência de pressupostos socioeconômicos e políticos que propiciem que a legislação penal vigente torne-se efetiva. Uma legislação penal simbólica, manifestada sob a forma de uma legislação-álibi, tende a se apresentar para a população como uma solução aparente dos respectivos problemas sociais que engendram a criminalidade, convencendo o cidadão das boas intenções do legislador.

A legislação-álibi funciona então como uma manipulação ou ilusão que imuniza o sistema político, desempenhando uma função ideológica, em que as elites encenam um papel social tanto quanto o restante da população, pois ambos são vítimas de interpretações simbólicas (iludem e se autoiludem, ao mesmo tempo), produzindo uma ilusória sensação de bem-estar ou concepção de resolução da tensão, por meio da capacidade simbólica que tem a lei de sossegar os espíritos.

O problema da legislação-álibi, que a torna muito comum no direito penal, é seu emprego excessivo, que acaba por dissipar sua função simbólica. No momento em que a ilusão é percebida, provoca-se uma descrença no próprio sistema jurídico. As expectativas geradas e o sentimento de frustração em decorrência de sua não satisfação, implicam numa implosão do sistema, e daí a crise de racionalidade se torna mais evidente, reiniciando um ciclo punitivo em que a reação ao delito mais vai se aproximando como uma reação assustada de um indivíduo amedrontado diante do inimigo. É nesse momento que a legislação simbólica, ao deixar de funcionar como álibi para o sistema político, passa a se manifestar como um compromisso dilatatório,

adiando a solução dos conflitos sociais por meio de esquemas normativos aparentemente plausíveis. Neste contexto, o conflito é transferido para um futuro indeterminado, pois as normas são feitas para entrarem em vigor, desprovidas de eficácia, contentando de qualquer forma, os grupos interessados em sua não aplicação. O que dizer, por exemplo, da “lei seca” na direção de veículos automotores, definindo como crime os motoristas que ingerirem bebida alcoólica nos crimes de perigo abstrato, quando, na verdade, só será efetivamente punível a conduta daqueles que se apresentarem no trânsito visivelmente alcoolizados? Ou ainda, como será efetivamente o trabalho policial diante da criminalização dos milhares de consumidores de CDs e DVDs piratas, nas feiras, praças e calçadas dos centros urbanos, no país inteiro, diante da comercialização ilegal de fonogramas ou videofonogramas, nos crimes de violação de direito autoral, previstos no artigo 184 do Código Penal? Alguns dispositivos normativos já nascem, sob a égide da legislação simbólica, como meros compromissos normativos que não se verão cumprir.

De acordo com Neves, entre os efeitos negativos da legislação simbólica estão sua falta de eficácia normativa e vigência social (função jurídica), como também produz, positivamente, efeitos de relevância social que atendem sua função política, como o convencimento de pessoas e grupos de que, valorativamente, seus sentimentos e interesses estão incorporados e garantidos pelo direito; assim como a legislação simbólica distingue quais culturas são dignas de respeito público e quais as que são degradadas publicamente. O papel dessa legislação, na função de distinguir no âmbito da diferenciação do sistema social entre cidadãos incluídos e inimigos excluídos, no âmbito do direito penal, acaba gerando mais conflito social ao invés de resolvê-lo, tendo em vista que, mesmo ineficaz do ponto de vista normativo, ela consegue politicamente realizar os objetivos políticos das classes mais abastadas, detentoras de propriedade, de exclusão social, quando relegam à criminalidade movimentos de protesto e reivindicação social, como os encontrados na militância de grupos como o MST.

3 O dilema do processo de constitucionalização diante dos modelos penais

O problema do processo de constitucionalização do ordenamento jurídico de Estados de modernidade tardia como o Brasil, nos termos do desenvolvimento de uma legislação simbólica, é a manutenção ou a degradação de modelos penais vigentes na modernidade, como o modelo ressocializador, o garantista e o recente, de segurança cidadã, preconizado nas políticas de reação social por meio da expansão punitiva e da individualização de inimigos, naquilo que também é chamado de Direito Penal de terceira velocidade (RIPOLLÉS, 2007).

Ao se falar de processo de constitucionalização, extraí-se aqui a concepção estabelecida por Niklas Luhmann (2005) de que a Constituição se trata de um acoplamento estrutural entre a política e o direito. (RIPOLLÉS, 2007). Sabe-se até o presente momento deste estudo, que o direito e a política constituem-se sistemas autônomos; mas a Constituição assegura uma interpenetração, ou mesmo interferência, entre ambos os sistemas. Quando Luhmann(2009) refere-se ao problema da autorreferência do sistema, o direito se apresenta como solução para esse problema em relação ao sistema político e vice-versa. O que Luhmann(2005) inova em termos de conceito de Constituição é sair das definições historicamente estabelecidas anteriormente, pela doutrina constitucional e pela sociologia, para estabelecer uma definição sistêmica de Constituição, por meio do vínculo entre os códigos binários ilícito X ilícito do sistema do direito e poder X não-poder do sistema político. O que ocorre na teoria de Luhmann (2005) é que, mediante o acoplamento proporcionado pela Constituição, aumenta a influência recíproca de sistemas operativamente autônomos, que resulta numa chance de aprendizado de um sistema em relação ao outro, devido a sua abertura cognitiva. Lidas em outras palavras, a Constituição proporciona que o sistema jurídico estabeleça uma leitura sobre o sistema político, assimilando, pela observação, as pretensões políticas do entorno social mediante uma

normatização dessas pretensões, enquanto o sistema político transforma em comandos de poder suas pretensões políticas normatizadas.

No que tange ao modelo penal, extraído do sistema jurídico, se a Constituição, enquanto um subsistema do sistema jurídico, lida com as comunicações que se fundam nas expectativas constitucionais vigentes, como uma experiência contrafática; o direito penal, por sua vez, determinado também como um subsistema do sistema do direito, autodeterminado e fechado operativamente, atua com certo grau de autonomia em relação as suas expectativas, de forma que nem sempre as disposições simbólicas do subsistema constitucional parecem lhe atingir.

Ora, se, ao repetir o código lícito X ilícito do sistema do direito, podemos conceber que o subsistema penal atua, conforme sua autopoiese punitiva, pelo código punível X não punível, ao se empregar o conceito luhmanniano de positivação ou positividade do direito (NEVES, 2007), isso implica em dizer que se a Constituição surge como uma diferenciação interna do direito constitucional do sistema jurídico, da mesma forma o direito penal se diferencia do subsistema constitucional, apresentando operações próprias de sua autonomia enquanto subsistema do direito. Marcelo Neves pondera que, por meio da Constituição, a relação entre o sistema jurídico e o político se torna horizontal-funcional e não mais vertical-hierárquica. O sistema jurídico precisa lidar com os aspectos políticos como uma questão de aplicação concreta da decisão, sob o respaldo de normas jurídicas, e nesse sentido surge a Constituição como o apoio interno do próprio sistema do direito, sem ter que lidar com as irritações externas do sistema político.

O direito penal, por sua vez, também mantém uma relação horizontal com o sistema político, dado seu fechamento operacional em relação ao direito constitucional, enquanto mantém uma relação vertical-hierárquica com o sistema constitucional. Ocorre que, ao supostamente manter uma relação horizontalizada com o sistema político, o subsistema penal está sujeito a todo tipo de irritações que surgem pelo desdobramento do populismo penal na materialização de normas punitivas. O dilema da constitucio-

nalização e do papel simbólico que as normas constitucionais estabelecem em relação ao direito penal é que o déficit de racionalidade do aparato penal encontra-se aprofundado com a zona cinzenta do caráter simbólico das normas constitucionais ao acoplarem no âmbito de seu sistema os aspectos políticos e a dimensão eminentemente fática dos dispositivos normativos do sistema penal, no momento da efetividade de suas normas, para lidar com situações que requeiram sua aplicação.

Se Neves diz que “[...]qualquer intervenção legiferante do sistema político no direito é mediatizada por normas jurídicas[...]” (2007, p.71), também é válido dizer que o sistema político atua em relação ao problema criminal por meio das normas, mas muito mais sob influência do discurso criminalizante populista, do que amparado na filtragem normativo-constitucional. Neves (2007) informa que o direito constitucional funciona como um “limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo”, mas esse mesmo aprendizado encontra-se prejudicado pelas irritações externas produzidas pelo sistema político diretamente no subsistema penal.

Marcelo Neves afirma que a Constituição impede que o sistema jurídico sofra o bloqueio de diversas e incompatíveis expectativas de comportamento presentes no seu entorno social, entretanto, a função descarregante atribuída à Constituição, graças à adoção do princípio da não-identificação, parece não ter sido páreo para concepções de caráter ideológico, em uma sociedade dividida em classes e interesses até certo ponto antagônicos, em que um determinado segmento social faz preponderar sobre os outros discursos criminalizantes de exclusão social, relegando à alteridade uma condição de inimigos. Nesse sentido, teorias como a prevenção geral no direito penal parecem se desenvolver a todo vapor, no momento em que as expectativas congruentemente canalizadas pelo direito constitucional, de respeito aos direitos fundamentais, atenção aos princípios, e consagração do regime de liberdades, parecem cair por terra diante de um modelo penal que propõe a renúncia da liberdade em prol da segurança, a sanção punitiva como ins-

trumento de gestão de risco. A ausência de uma efetiva integração entre o sistema constitucional e o subsistema penal, faz prevalecer o domínio de representações do entorno social no sistema jurídico, prejudicando a própria autonomia e a diferenciação do sistema em relação ao seu correlato, no âmbito político. É como se o direito penal fosse, no âmbito de um modelo de segurança fulcrado na irracional expansão punitiva, quase que completamente contaminado pela política.

4 Manutenção da crise dos modelos penais pelo caráter simbólico do texto constitucional – a dinâmica da concretização constitucional entre Luhmann e Müller

Modelos penais em flagrante crise de aplicabilidade, tais como o modelo ressocializador ou o garantista, parecem ainda se manter no marco constitucional de muitos regimes políticos, mediante o acoplamento mantido entre o sistema político e o jurídico por uma Constituição cujo texto ainda pesa seu forte caráter simbólico, ao lidar com a complexidade de situações que envolvam a manutenção de direitos fundamentais, diante de uma desdiferenciação mantida operativamente pelo subsistema penal quando de sua relação com o sistema político (NEVES, 2007). Essa desdiferenciação, segundo Neves, ocorre por uma politização do sistema jurídico, onde a pluralidade de expectativas não é reconhecida diante da complexidade da sociedade contemporânea.

A Constituição moderna funciona como um instrumento propício ao livre desenvolvimento da comunicação, permitindo que as diversas expectativas e interesses de uma sociedade multifacetada possam ser reconhecidos e diferenciados. Quando isso não ocorre surge o fenômeno da exclusão, tão debatido por Luhmann (1980) anteriormente, pois somente a Constituição pode desenvolver uma generalização congruente das várias expectativas

normativas de comportamento, enquanto o direito penal mantém-se fechado em sua dimensão operativa de trabalhar certos tipos de comunicação voltados para sua autopoiese punitiva. Isto implica dizer que enquanto o exercício da liberdade de expressão, do direito de protesto como instrumento para a obtenção do reconhecimento da dignidade humana, e do trabalho por meio do direito à terra podem ser vistos constitucionalmente como um direito fundamental, sob a égide das expectativas de milhares de integrantes dos movimentos sociais, para os operadores internos do direito penal, atos como a invasão de terras ou a ocupação de prédios públicos e propriedades rurais, podem ser observados apenas como ilícitos penais, segundo o código punível X não-punível. O problema da linguagem simbólica do texto constitucional que não permite a abertura do reconhecimento comunicativo de novos direitos por parte de subsistemas do sistema jurídico como o direito penal, é a substituição de seu papel simbólico por um efetivo papel normativo, a ocorrer por meio de um processo de concretização constitucional.

A concretização constitucional é um dos desafios do direito moderno, diante do caráter simbólico de seus dispositivos normativos, e que no século XXI tem uma relevância profunda, no tocante ao reconhecimento dos direitos e das lutas dos movimentos sociais, e a consequente inibição da expansão punitiva, por meio da crítica a um fenômeno de criminalização desses movimentos. Segundo Müller, para haver um processo de concretização constitucional, urge a necessidade de se questionar a ambiguidade e a vagueza da linguagem constitucional (2010), causada pelo equívoco da opinião positivista de se confundir texto com norma, ainda amplamente difundida no meio constitucional.

Se, para Müller, “[...]o texto da norma não contém a normatividade e a sua estrutura material concreta”, (2010, p.57) isso ocorre porque um dos maiores óbices para a concretização constitucional e para o surgimento de uma Constituição normativamente cumprida, ao invés de uma carta constitucional com dispositivos tidos meramente como de caráter simbólico pelo ordenamento infraconstitucional, é a superação do paradigma positivista

que orientou a hermenêutica tradicional das normas constitucionais. Como o positivismo jusconstitucionalista considera a Constituição como um sistema formal de leis constitucionais e a lei um ato de vontade do Estado sob a forma de lei, o credo positivista entende o direito vigente como um conjunto de enunciados jurídicos sem lacunas. Ao insistir na mera positividade do direito, o positivismo afasta-se da realidade da vida, fazendo com que a Constituição pague o preço da redução ou perda de sua normatividade. Como se fosse possível uma separação entre direito e realidade, o sistema jurídico acaba, nos moldes do formalismo do positivismo estatal, relegado à condição de um juízo hipotético a aguardar à subsunção dos fatos da realidade à previsão legal. Ledo engano.

Não é à toa que autores como Lenio Streck (2005) consideram que o pensamento jurídico vive em tempos difíceis de pós-positivismo, ao lidar com a crise de efetividade da Constituição, diante do dilema da resposta correta e constitucionalmente adequada em relação aos conflitos havidos na realidade social. O problema da concretização de direitos implica na superação do modelo positivista que, ao transformar a Constituição numa mera ficção, separou a discussão jurídica das questões concretas da sociedade, entre elas, a preservação de direitos fundamentais, a interpretação dos dispositivos constitucionais e a interrupção dos abusos do Estado, como se percebe no franco e visível processo de expansão punitiva.

Na busca da concretização da norma constitucional, Müller (2010) pretende desenvolver uma metódica que aponte para a superação do modelo positivista de interpretação do texto constitucional, operando com a separação entre norma, texto da norma e estrutura da norma. Nesse contexto, um novo enfoque da hermenêutica jurídica trilharia o caminho para diferenciar norma de texto da norma, pois a forma como é escrita uma norma não se confunde com sua qualidade de norma. Na verdade, o teor literal, escrito, de um texto normativo, corresponderia a um “programa da norma”, enquanto o recorte da realidade social na sua estrutura básica, mediante um processo seletivo que a norma opera de escolher parte

de realidade para sua esfera de regulamentação, Müller chama de “âmbito da norma”. Nesse momento, a teoria estruturante que Müller se habilita a desenvolver não entra em rota de colisão com a abordagem sistêmica, desenvolvida por Luhmann(2009), apenas indica que possuem ambas as teorias peculiaridades relevantes para se estabelecer uma crítica ao velho paradigma positivista da hermenêutica tradicional.

O que Müller entende como âmbito da norma, a teoria luhmanniana pode conceber como o sistema jurídico, na posição de um observador de segunda ordem, na qualidade de sistema autônomo e parcial a estabelecer ou não seu acoplamento com seu entorno social. Quando Müller estabelece que o âmbito da norma pode ser gerado ou não pelo direito, na perspectiva sistêmica isto equivale a dizer que a abertura cognitiva do sistema jurídico deu ou não se deu de acordo com a possibilidade de terem sido desenvolvidos acoplamentos. O que pode se deduzir inicialmente das concepções de Müller e Luhmann(1980) sobre Constituição é que se o processo de concretização da norma depende de uma abertura do âmbito da norma diante da realidade social, ambos são certos na crítica ao modelo positivista, quando se evidencia que a norma constitucional não se trata de um mero juízo hipotético, isolado em seu âmbito de regulamentação como um sistema integralmente fechado, mas, que, com a abertura cognitiva desse sistema, o âmbito da norma pode resultar dos acoplamentos que o sistema do direito realiza com seu ambiente social. O próprio Müller afirma que “[...]no âmbito efetivo da concretização prática do direito, direito e realidade não são grandezas que subsistem autonomamente por si”(2010, p.59-60). Ora, se Müller reconhece que se o sistema jurídico e o sistema social estabelecem comunicações, é porque querem subverter a linguagem positivista baseada num modelo subsuntivo de fatos assujeitados à normas para uma nova hermenêutica baseada na busca da força normativa da Constituição, no desenvolvimento de uma política constitucional de concretização.

Ao desenvolver a assertiva de que o âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos, pois esse âmbito é parte integrante da norma, mais uma vez seu pensamento aproxima-se da teoria de Luhmann (2005), no momento em que o sistema do direito, na sua autopoiese, passa a reconhecer como parte de suas operações internas fatos outrora deduzidos do ambiente social. O problema da concretização reside no momento da seletividade, em que entram outros dois conceitos estabelecidos por Müller, além do conceito de âmbito da norma: o programa da norma e o domínio da norma.

Se o programa da norma materializa o âmbito da norma no texto legal como uma hipótese legal normativa, o domínio da norma será a resultante da seletividade operada pelo sistema jurídico na conformação de fatos em operações jurídicas. O domínio da norma pode ser entendido como a resultante do acoplamento, e se for entendido o problema da linguagem simbólica da Constituição e sua baixa efetividade no terreno da realidade como um problema de seletividade, é aqui que se encontra a raiz do problema da concretização constitucional: a reconstrução do mundo a partir da autopoiese do sistema jurídico, resultando num domínio normativo prejudicado pela formulação do programa da norma. Isto implica em dizer que, conforme se depreende do pensamento de Müller, a norma jurídica apenas estabelece um esboço da realidade material que não é vista como realidade social pela norma, mas como realidade da própria norma. Uma realidade, que, contudo, não consegue ser formulada expressamente no texto pelo programa da norma, tendo em vista que o legislador, habituado ao esquema positivista da relação distanciada entre sujeito e objeto, formula a norma em termos estanques, isolados da percepção do real conteúdo da norma estabelecido em seu domínio, como resultante de um âmbito que, como já foi dito por Müller, transcende a própria norma.

Ao propor o caminho da concretização da norma ao invés da interpretação do texto da norma, Müller destaca que as regras de interpretação herdadas do positivismo, baseadas na interpretação do teor literal da nor-

ma, são insuficientes para garantir a efetividade normativa da regra constitucional. Defende ele uma metódica baseada na pré-compreensão da ciência jurídica, deixando para trás o positivismo legalista.

Quanto à clareza do texto normativo, Müller afirma que uma norma, no sentido da metódica tradicional, pode parecer clara ou unívoca. Entretanto, a norma nunca está pronta se não puder ser aplicada a uma situação concreta. Müller redefine o papel que os positivistas dão à subsunção como uma mera operação lógico-formal, para estabelecer que, na verdade, a subsunção é um procedimento cognitivo determinado pela pré-compreensão da dogmática jurídica. A superação do dogma voluntarista do velho esquema sujeito-objeto da interpretação tradicional, que separava o direito da realidade, na empreitada positivista de descobrir, com isso, a vontade do legislador, é estabelecida com a concepção de que não é possível descolar a norma jurídica do caso por ela regulamentado. Na verdade, como há o interesse da decisão na ciência e práxis jurídica, por vezes essa busca aflitiva da decisão acaba por comprometer o procedimento cognitivo, resultando, entre outras coisas, no caráter simbólico da legislação; sobretudo se nos acoplamentos entre o sistema político e o sistema, interessa ao primeiro a manutenção desse simbolismo. O sistema político funciona autonomamente por via de suas operações internas pautadas por mecanismos de emprego do poder, e antes de acoplado ao jurídico, o político se move por conceitos oriundos das operações próprias do sistema, como o de considerar povo como um mero quadro humano sufragante, (BONAVIDES, 2000) uma definição típica do Estado liberal, onde o sufrágio inaugura a participação dos governados num esquema representativo de exercício de poder, onde, por esse sistema, os indivíduos elegem seus governantes. O positivismo jurídico, acompanhando o pensamento liberal no século XIX, apenas reforçou um modelo subsuntivo pautado no esquema sujeito-objeto, em que o povo é visto, por meio do sistema, como sujeito do poder; quando, na verdade, o sujeito de poder em sociedades capitalistas é a elite dirigente burguesa.

5 Os acoplamentos entre o sistema político e o jurídico na gênese constitucional e os dilemas dos modelos de sistema penal em relação aos conflitos sociais

Como é formado, portanto, por pólos de disputa de classe ou, ao menos, pelo predomínio de uma categoria social dominante no interior de sua estrutura, o sistema político encontra-se fechado operativamente em seus esquemas de poder que oscilam em momentos tensos de autoritarismo e períodos de normalidade democrática. É nessa última fase de desenvolvimento de suas operações internas, que o sistema político abre-se cognitivamente ao jurídico, resultando no surgimento das Constituições, mas nem por isso os interesses políticos herdados das disputas de poder na sociedade, encontram-se perdidos ou esvaziados ao se dar o acoplamento entre sistemas; mas, pelo contrário, influenciam o acoplamento, quando da construção operativa de legislações normativas ou simbólicas, no processo de filtragem das expectativas normativas dominantes, no âmbito de uma sociedade. A contribuição do paradigma do liberalismo no desenvolvimento do sistema político e do positivismo no âmbito do sistema jurídico irão se conciliar na formação de um ordenamento cuja disposição normativa possa engendrar o surgimento de supostas lacunas, que dão asas ao solipsismo e a discricionariedade judiciária. Daí é que surgem as normas programáticas e toda a problemática de efetividade, que se dará por meio do debate da construção de Constituições simbólicas. Sobre esse assunto, será estabelecido o comentário mais adiante.

Se, como afirma Neves, o procedimento constituinte na elaboração de normas constitucionais é apenas um dos processos possíveis de filtragem das expectativas normativas para que obtenha vigência jurídica, as decisões concretizadoras da Constituição é que firmam as normas constitucionais, estabelecendo-se uma distinção entre direito constitucional vigente como sistema constitucional ou como realidade

constitucional:¹sendo que o primeiro pode entendido como um complexo de expectativas normativas de comportamento filtradas pela legislação e concretizadas constitucionalmente; enquanto o último pode ser traduzido como o ambiente que totaliza as expectativas e comportamentos que tem como referência o direito constitucional, mas que se baseiam em outros códigos sistêmicos do “mundo da vida”.

Se no âmbito dos diversos segmentos sociais podem ser reconhecidos diversos sistemas parciais que se diferenciam entre si por meio de sua autopoiese, também é possível inferir que as comunicações desses sistemas, materializadas em expectativas normativas baseadas em códigos próprios, podem ser decifradas por meio do direito constitucional. É pela saída constitucional que modelos penais anteriormente fechados, como o modelo ressocializador e o garantista, podem ceder espaço à discussão de um novo modelo de intervenção penal que não perca eficácia pela ausência de efetividade, no que tange à tarefa de ressocialização e reintegração social, como se dá no modelo ressocializador; e não peque pelo excesso de imobilismo, na ausência da oferta de proposições de natureza não-penal para problemas criminais, limitando-se apenas à manutenção de estatutos protetivos na inibição do abuso estatal e no cumprimento fiel da legalidade na aplicação da repressão penal, como se destaca o modelo garantista.

Um dos aspectos negativos da constitucionalização simbólica, e que leva à manutenção de modelos de intervenção penal ineficientes e clausurados em sua dimensão operativa, é a insuficiência da concretização normativa do texto constitucional, de forma generalizada. Isso vale tanto para o modelo ressocializador quanto para o garantista, no momento em os operadores do primeiro modelo entendem o aspecto de respeito à integridade física e moral do preso condenado (estabelecido no inciso XLIX, do artigo 5º da Constituição Federal, por exemplo), como mero princípio a ser adotado pelo agente estatal, no que tange à manutenção da incolumidade física do apenado; mas não levam em conta que a efetividade normativa do texto constitucional se dá quando tais condições de manutenção

da integridade pessoal são mantidas a ponto de os propósitos ressocializadores do modelo penal puderem ser atingidos. Da mesma forma, pode-se estabelecer raciocínio semelhante no que tange ao modelo garantista, ao se pensar, nos termos do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição, que a garantia da duração razoável do processo e dos meios que assegurem sua célere tramitação, não se converte em mera norma programática, (NEVES, 2007) aguardando uma transformação futura da estrutura social e política para ganhar eficácia, mas sim num dispositivo de cumprimento imediato, que independe da mera defesa da legalidade ou de um processo penal correlato a dispositivos formalmente cumpridos que lhe garantam regularidade. Não basta a manutenção de direitos fundamentais enquanto um compromisso político de atendimento de fins sociais, com a permanência da inércia no tocante à retirada da prisão de milhares de presos, destituídos de advogado ou cujos casos perduram por anos, clamando por decisão judicial. Da mesma forma, o direito ao trabalho, à moradia, à segurança e a assistência aos desamparados, expressamente definidos enquanto direitos sociais, permanecem constitucionalmente vigentes, enquanto direitos respaldados pela Constituição, mas inexecutáveis no aspecto da satisfação das expectativas sociais de milhares de trabalhadores nas cidades e no campo, pelo fato de que não existe o menor jargão garantista quanto à inconstitucionalidade das medidas penalmente repressivas do movimento de trabalhadores sem-terra, quando vários de seus integrantes são postos na cadeia, por conta de invasões de terras, ou porque sua organização corre o risco de ser colocada na ilegalidade.

Outro dilema causado pelo sentido negativo do caráter simbólico do texto constitucional diz respeito à interpretação do que se entende por liberdade de reunião e associação, no caso do exercício do direito de protesto, como supedâneo da liberdade de expressão, assegurados como direitos fundamentais na Constituição brasileira. Ao explicar os conceitos de vagueza e ambiguidade aplicados ao direito, em sua crítica ao positivismo lógico, Warat estabelece que os símbolos podem ser vagos

ou ambíguos, conforme a incerteza quanto ao texto normativo possa ser vista como um problema denotativo (vagueza) ou quando esta incerteza pode ser observada enquanto um problema designativo (ambiguidade) (WARAT, 1995).

Para o intérprete da norma constitucional, portanto, os dispositivos dos incisos XVI e XVII do artigo 5º da Constituição, que estabelecem, respectivamente, as liberdades de reunião e associação, podem muito bem ser entendidos de forma diferenciada por um intérprete da lei penal, conforme se atribua ambiguidade ou vagueza ao texto. As reuniões e congressos do MST proibidos ou fiscalizados pela polícia, e a própria tentativa de alguns membros da comunidade jurídica, de querer colocar o movimento na ilegalidade, sob a acusação do grupo praticar condutas tipificáveis na Lei de Segurança Nacional, atestam cabalmente como o suposto rigor na interpretação da norma penal pode servir como pretexto para a expansão punitiva e a criminalização de movimentos sociais, visto o caráter vago ou ambíguo que passam a ter os dispositivos constitucionais diante da aplicabilidade de normas penais. Dado seu caráter simbólico diante de normas penais, o texto constitucional acaba por não conseguir abrir um espaço para a comunicação, onde o intérprete da lei penal possa ver a inclusão de expectativas normativas situadas no entorno, antes desconhecidas pelo fechamento operacional do subsistema penal, devido a sua autopoiese e ao rigor do predominante pensamento positivista, que confunde abertura cognitiva do sistema com falta de precisão e incerteza quanto ao entendimento do texto legal e obstáculo para a linguagem jurídica.

O fechamento operacional do subsistema penal em relação a sua linguagem e quanto à definição do que é ou não punível dentro de sua autopoiese punitiva, serve bem aos interesses do sistema político, no seu acoplamento estrutural com o sistema do direito. Como já foi dito, o sistema político mantém uma relação peculiar com o direito penal, não obstante o acoplamento estrutural entre direito e política ser feito pela Constituição, conforme a visão luhmanniana. Entretanto, por meio de su-

cessivas irritações que redundam no populismo penal, os sistemas penal e político acabam por estabelecer uma relação que muito propicia o fechamento operativo do subsistema penal e a formatação de uma linguagem vinculada ao ideário positivista, no momento em que se dá uma “dupla interdependência” entre os sistemas do direito e da política, como observa Campilongo(2002). Se o sistema político apresenta ao sistema jurídico premissas para a efetuação de decisões judiciais; e o sistema jurídico, por sua vez, oferece as premissas para o emprego legítimo da força, isso se traduz em termos de política criminal numa função normativa do subsistema penal cada vez mais voltada para a criação de tipos criminais, elevando a expansão punitiva, de acordo com os propósitos e interesses desse sistema político.

6 Considerações finais

Não resta dúvida de que por meio da Constituição, como asseverou Luhmann(1980), o sistema jurídico estabelece seu aprendizado acerca do entorno social, no seu acoplamento com o sistema político; mas também é possível, para um observador de segunda ordem, verificar que o sistema do direito, pelo caráter simbólico dos dispositivos constitucionais, conforme a autopoiese do subsistema penal, pode estar a mercê de irritações que comprometem a integridade do próprio sistema. É quando a política ou a mídia ditam o direito; mormente o direito penal, e nossos julgadores passam a ser seduzidos não pela sua leitura da lei, mas de como a lei pode ser lida pelo sistema político e pelos meios de comunicação, a ponto de influenciar suas decisões, contribuindo para a crise dos modelos punitivos e para a ausência de efetividade das disposições constitucionais, no atendimento das demandas relacionadas, principalmente, com a manutenção dos direitos fundamentais.

Symbolic constitution and implementing constitutional resolution of social conflicts : a critical reflection on the maintenance of fundamental rights, with the expansion punitive

There is, in this paper, the concept of symbolic constitution is essential to understand the process of implementing constitutional and the extent to which the symbolic character of the legislation in late modern societies such as Brazil, before the criminal models developed on historical experience legal systems, influence of these models in the crisis, culminating in the maintenance of the dilemmas related to meeting social needs, based on expectations not resolved by the force of constitutional norms. Thus, the paths may be deployed for effective implementation of the constitutional rules that print penal rationality models, now plagued by a crisis of legitimacy and effectiveness in the current stage of evolution of societies such as Brazil.

Key words: Implementation of the Constitution. Punitive expansion. Social conflicts. Symbolic constitution.

Referências

BONAVIDES, P. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMPILONGO, C.F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MÜLLER, F. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RIPOLLÉS, J.L.D. *La política criminal em la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 20007.

STRECK, L.L. *Concretização de direitos e interpretação da constituição*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXI (separata), 2005.

WARAT, L.A. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

▼ recebido em 23 ago. 2011 / aprovado em 11 nov. 2011

Para referenciar este texto:

ALVES, F. A. S. Constituição simbólica e concretização constitucional na resolução de conflitos sociais: uma reflexão crítica sobre a manutenção dos direitos fundamentais, diante da expansão punitiva. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 271-291, jul./dez. 2011.

