



Volume 30

2023

## **Presidente Prudente/SP**

**ISSN 1516-8158**

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

Reitor: Sérgio Tibiriçá Amaral  
Pró-Reitor Acadêmico: Igor de Toledo Pennacchi Cardoso Machado  
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral  
Coordenadora Financeira: Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral

#### **REVISTA INTERTEMAS**

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva  
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento  
Periodicidade semestral

#### **EDITORES**

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)  
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

#### **COMISSÃO EDITORIAL**

André Simões Chacon Bruno (USP)  
Alessandra Cristina Furlan (UEL)  
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)  
Dennys Garcia Xavier (UFU)  
Daniela Braga Paiano (UEL)  
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)  
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)  
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)  
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)  
Vladimir Brega Filho (UENP)  
Ana Carolina Greco Paes (PUC-PR)

#### **EQUIPE TÉCNICA**

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

#### **Versão eletrônica**

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

#### **Indexadores e Diretórios**

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

#### **Permuta/Exchange/Échange**

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

#### **Contato**

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br](mailto:nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 30 – 2023

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2023. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5  
ISSN 1516-8158

## SUMÁRIO/CONTENTS

|   |            |
|---|------------|
| <b>LA TRANSFORMACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN. A LA LUZ DE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTERDISCIPLINARIEDAD.....</b> | <b>06</b>  |
| MARINQUE, Jorge Isaac Torres  |            |
| <b>ASPECTOS PENAIS DO CANCELAMENTO VIRTUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....</b>  | <b>28</b>  |
| TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti<br>BEZERRA, Tiago José de Souza Lima  |            |
| <b>O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....</b>  | <b>44</b>  |
| ASSIS, Éder Pereira de<br>ALMEIDA, Patrícia Silva de<br>PISSOLATO, Solange Teresinha Carvalho   |            |
| <b>O CONCEITO E OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS SOB A ÓTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....</b>  | <b>69</b>  |
| SILVESTRIN, Álvaro Graça<br>BREGA FILHO, Vladimir   |            |
| <b>A POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA TUTELA CONSUMERISTA.....</b>  | <b>94</b>  |
| MARANGONI, Lara Wehbe<br>DESTRO, Carla Roberta Ferreira Destro  |            |
| <b>BORDADO NO TEMPO: A METAMORFOSE DO ESTUPRO NO BRASIL.....</b>  | <b>116</b> |
| ARAÚJO, Manoel Matias Medeiros de<br>BEZERRA, Tiago José de Souza Lima  |            |
| <b>DESAFIOS DO DIREITO ANTITRUSTE EM FACE DO AVANÇO TECNOLÓGICO DOS MERCADOS DIGITAIS.....</b>  | <b>135</b> |
| BORGES, Bruna Fernanda Sales<br>HARO, Guilherme Prado Bohac de  |            |
| <b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL TRIBUTÁRIO.....</b>  | <b>156</b> |
| ANSELMO, José Roberto<br>MOTA, Ademar Ferreira  |            |
| <b>ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓPTICA DA NOÇÃO DE DIREITO COMO INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN.....</b>   | <b>183</b> |

OLIVEIRA, Stella Mendes de  
LEITE, Leonardo Delatorre  
MORAES, Gerson Leite de

**O PAPEL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS  
PROCESSUAIS: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA COMARCA DE JARDIM DE  
PIRANHAS-R.....206**

SILVA, Heverton Olimpio  
MAIA, Augusto de França

**O EQUILÍBRIO IMPLACÁVEL E A JUSTIÇA POÉTICA EM O SOL É PARA TODOS:  
ASPECTOS DA INJUSTIÇA, DA RETRIBUIÇÃO PELA VINGANÇA E O  
REEQUILÍBRIO DAS ASSIMETRIAS PELO IMPONDERÁVEL.....231**

GUILHERME, Thiago de Mello Azevedo

**O RESGATE DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA A CORREÇÃO DA APLICAÇÃO  
JURÍDICA LÍQUIDA.....260**

SALATI, Marcos

**A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA  
CONTEMPORÂNEA.....288**

MOLINA, Glauce Manuela  
FERNANDES, Josiane Marcia

**(RE)ESTRUTURANDO A CULTURA DA BARGANHA: UMA CONEXÃO ENTRE A  
JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PROCESSO ESTRUTURAL.....305**

OICHI, Camila Mayumi

## **NOTA AO LEITOR**

A 30ª Edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Publicamos também o trabalho premiado na 19ª edição do ETIC – Encontro Toledo de Iniciação Científica, com a temática “Desafios do Direito Antitruste em Face do Avanço Tecnológico dos Mercados Digitais”, de autoria da discente Bruna Fernanda Sales Borges, sob a orientação do Dr. Guilherme Prado Bohac de Haro.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro  
Editora da Revista Intertemas

## O CONCEITO E OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS SOB A ÓTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

SILVESTRIN, Álvaro Graça<sup>1</sup>  
BREGA FILHO, Vladimir<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo analisará o conceito e os efeitos da constitucionalização e legislação simbólicas sob a ótica do neoconstitucionalismo. Verificar-se-á, assim, a face simbólica de alguns dos institutos jurídicos produzidos pelo Estado. Não menos importante, serão observados os efeitos provenientes da constitucionalização e legislação simbólicas, destacando-se as principais consequências advindas dos instrumentos destituídos de eficácia. Ainda, será abordada a perspectiva trazida pelo neoconstitucionalismo como verdadeiro movimento de alteração da leitura constitucional. Dessa maneira o trabalho busca, como objetivo geral, trazer uma visão panorâmica constitucionalização e legislação simbólicas. Especificamente, a compreensão destas últimas será efetivada em análise conjunta aos efeitos produzidos pelo fenômeno, bem como pela possível mitigação deste último em virtude da nova ótica engendrada pelo neoconstitucionalismo. A pesquisa baseou-se na literatura jurídica, em legislações e em artigos científicos. Assim, será implementada uma metodologia condizente com aspectos qualitativos de uma pesquisa teórica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalização simbólica. Legislação simbólica. Efeitos. Neoconstitucionalismo.

**ABSTRACT:** The article will analyze the concept and effects of symbolic constitutionalization and legislation from the perspective of neoconstitutionalism. Thus, the symbolic face of some of the legal institutes produced by the State will be verified. No less important, the effects arising from constitutionalization and symbolic legislation will be observed, highlighting the main consequences arising from instruments deprived of effectiveness. Furthermore, the perspective brought by neoconstitutionalism as a true movement to change constitutional reading will be addressed. In this way, the work seeks, as a general objective, to bring a panoramic view of constitutionalization and symbolic legislation. Specifically, the understanding of the latter will be achieved through a joint analysis of the effects produced by the phenomenon, as well as the possible mitigation of the latter due to the new perspective engendered by neoconstitutionalism. The research was based on legal literature, legislation and scientific articles. Thus, a methodology consistent with qualitative aspects of theoretical research will be implemented.

**Keywords:** Symbolic constitutionalization. Symbolic legislation. Effects. Neo-constitutionalism.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

<sup>2</sup> Graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1989), Mestrado em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e estágio de pós-doutoramento na Universidade de Lisboa (2013). Professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo

## 1 INTRODUÇÃO

Em virtude da inerência dos dispositivos constitucionais e legais à sociedade, inafastável se faz o estudo da constitucionalização e legislação simbólicas, os efeitos destas e a possível mitigação do fenômeno diante do neoconstitucionalismo. Insta-se observar, desde já, que a abordagem da perspectiva simbólica dos institutos será realizada partindo-se do conceito e efeitos provenientes destes últimos, bem como de sua posição quando em contato com o neoconstitucionalismo.

Destacar-se-á, como objetivo geral deste trabalho, a análise do panorama simbólico apresentado por alguns dos institutos jurídicos emanados pelo Estado. Especificamente, além de abordar o conceito e os efeitos provenientes da constitucionalização e legislação simbólicas, verificar-se-á, mediante a nova dogmática trazida pelo neoconstitucionalismo, um possível caminho à mitigação dos malefícios produzidos pela face simbólica dos institutos.

Com a problematização da pesquisa, o trabalho buscará responder a determinadas indagações. Nesse sentido, a análise, ainda que breve, do conceito de Constituição, o papel desta última como possível instrumento de veiculação legítima de poder e as faces trazidas pela constitucionalização e legislação simbólicas ganharão respaldo científico. Ainda, os efeitos promovidos pelo cerne simbólico dos institutos, quando destinados ao corpo social necessitado de eficácia, bem como o cenário engendrado pelo neoconstitucionalismo no sentido da concretização dos direitos fundamentais, serão observados na face hipotética da pesquisa.

Por intermédio da literatura jurídica, diplomas legais e artigos científicos, a pesquisa estruturar-se-á sobre os moldes qualitativos e sobre as abrangências da pesquisa bibliográfica, traçando concepções teóricas inerentes à delimitação do tema. Em vista disso, a fundamentação do trabalho será promovida através da utilização de autores que concentram parte de suas forças no tratamento do assunto, destacando-se Marcelo Neves, com importante trabalho referente à constitucionalização simbólica, Dirley da Cunha Júnior, produtor de encorpado trabalho acerca do controle de constitucionalidade e Luís Roberto Barroso, cujo texto concernente ao neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito não deixará de ser abordado.

Assim, a primeira seção do artigo trabalhará com o conceito da constitucionalização e legislação simbólicas. Isso com o auxílio de outras assimilações fundamentais à compreensão da perspectiva trazida por Marcelo Neves. A segunda seção destacará a ótica dos efeitos provenientes da constitucionalização e legislação simbólicas. A terceira parte do texto, em seu turno, trará a análise do neoconstitucionalismo como possível movimento mitigador dos malefícios advindos da face simbólica dos institutos. Será compreendido, então, que a importância do respectivo tema é justificada pela inerência da eficácia dos institutos jurídicos ao corpo social que clama pela concretização de valores e direitos fundamentais.

## **2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS**

A percepção do Texto Constitucional como instrumento de veiculação de poder não de hoje detém espaço nas nações. Como primeiro documento a expor a face jurídica de determinado Estado, as Constituições abarcam, ainda que, por vezes, de forma sintética, as mais variadas demandas sociais, políticas e econômicas. Um verdadeiro instituto que, em muito, define os passos da respectiva Nação, mostrando os sentidos adotados para a efetivação de direitos, a instituição de políticas públicas e os valores mais fundamentais ao povo.

O conceito de Constituição não se afasta da amplitude trazida acima. Os sentidos atribuídos ao Texto Constitucional demonstram a pura concepção de um documento que pode ser visualizado sob diferentes primas, sem que um deles seja ofuscado pelo outro. Uma convivência harmônica que se sobrepõe a possíveis tentativas de restrições ao conceito de Constituição. Veja-se, assim, que os parâmetros aqui trazidos servirão tão somente como guia de exposição dos pontos que, posteriormente, serão abordados. A doutrina de Silva (2005), partindo da fragmentação da palavra Constituição, bem define que

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (Silva, 2005, p. 37-38).

A definição acima aproxima ainda mais a ótica da Constituição como elemento que traz extensão e amplitude considerável. Aqui reside, assim, o início da perspectiva

da utilização do Texto Constitucional aos fins que lhe atribuem e permitem a dimensão considerada. Assimila-se que as normas constitucionais devem ser emanadas de forma a abranger a sustentar os princípios e valores mais caros à sociedade.

Justamente neste ponto, indispensável é a percepção de que, em não raras vezes, a Constituição é utilizada para fins que desviam de sua imagem inicial. Diversos são os motivos que levam às alterações constitucionais e à emanção de leis, pautadas na Constituição, que sinalizam uma falsa mitigação de conflitos e desarranjos sociais. Emerge, então, o uso dos institutos jurídicos, por vezes, para solidificação de políticas que, mesmo necessárias, desaguam na falsa ótica do cumprimento de deveres sociais.

A perpetuação desta forma de agir culmina em verdadeira sobreposição das funções políticas sobre as funções jurídicas, sem que isso possa ser visualizado, num primeiro momento, aos olhos dos mais inocentes. Os efeitos deste movimento, tratados no segundo capítulo com mais zelo, conduzem à inexorável desarticulação da função instrumental do sistema jurídico. Um verdadeiro descrédito gerado ao ambiente jurídico em virtude de premissas que partem da ótica predominantemente política.

A percepção de Constituição não para aqui. Nem poderia. Como instrumento que o é, a Constituição é assimilada, em vezes, como mecanismo que garante a autonomia do Direito. Um verdadeiro organismo que define licitude e a ilicitude dos demais dos atos que se guardam sob aquela, analisadas, aqui, a partir da ótica da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade.

A Constituição propicia essa autonomia ao definir, por meio da hierarquia entre ela e as demais normas legais, quais são aquelas que passam pelo crivo da licitude/ilicitude – que, nesse nível, é o crivo da constitucionalidade/inconstitucionalidade. Com isso, o direito pode reproduzir-se de maneira autorreferencial, com base na aplicação a si de seu próprio código binário. Ao mesmo tempo, operacional e normativamente fechado, o direito pode abrir-se cognitivamente a seu ambiente, recebendo interferência de outros sistemas sociais – como a economia, a moral, a religião – sem perder sua autonomia, posto que as informações advindas desses outros sistemas somente adentram o sistema jurídico nos termos do código binário deste (Gomes, 2017, p. 448).

Observa-se, desde então, ser o Direito considerado, para alguns, como sistema que se comunica com os demais. Um sistema que propicia a ligação com ramos que se adequem ao código por ele mesmo engendrado. A Constituição adquire, assim, a responsabilidade de definir as possíveis comunicações a serem

implementadas pelo sistema do Direito. Neste ponto, mora a discussão do uso deste último para fins que, embora concretos, carecem de eficácia e ganham em demasia ares do ambiente simbólico.

Marcelo Neves (2011), trazendo à baila a perspectiva do simbolismo que passa a ser acostado ao ambiente jurídico de forma exacerbada, relaciona uma verdadeira hipertrofia da função simbólica sobre a concretização jurídica dos textos constitucionais. Frise-se, desde o início, que a problemática suplanta a mera perspectiva da inefetividade das normas constitucionais. A ausência de concretização jurídica não se estanca tão apenas na perspectiva da inefetividade. Vai além. Conduz à verdadeira distinção entre norma e texto constitucionais.

Os conceitos trazidos por Neves (2011) traduzem a perspectiva simbólica assumida não apenas pela constitucionalização simbólica, mas também pela legislação simbólica. Diferem estas duas justamente pelo fundamento acima explanado, qual seja, a amplitude que a constitucionalização simbólica apresenta nas dimensões social, material e temporal.

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 (Neves, 2011, p. 99).

Veja-se que a finalidade trazida pelo autor na consubstanciação da legislação simbólica, pode ser aplicada, num primeiro momento, à constitucionalização simbólica. Neves (2011, p. 102) aponta que a constitucionalização simbólica pode manifestar-se sob as mesmas perspectivas da ratificação de valores, da forma de dilação de compromissos e da constitucionalização-álibi. Em momento posterior, entretanto, o autor propõe uma restrição ao panorama da constitucionalização simbólica.

Daí porque restrinjo a questão da constitucionalização simbólica aos casos em que a própria atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como álbi para os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal (Neves, 2011, p. 103-104).

Verifica-se desde então, que os institutos da legislação simbólica e da constitucionalização simbólica, embora apresentem ponto de contato, diferem na perspectiva trazida por Neves (2011, p. 103-104). Cumpre-se agora, então, analisar os fundamentos trazidos pelo autor no estudo específico da legislação simbólica, assunto de inegável relevância na compreensão de parte das manifestações trazidas pelo ambiente simbólico através do sistema jurídico.

Neves (2011, p. 33) apresenta uma forma tripartida de se visualizar o fenômeno da legislação simbólica. A essência desta, segundo o autor, pode ser assimilada através da confirmação de valores sociais, da demonstração da capacidade de ação do Estado e, não menos importante, do adiamento da resolução de conflitos sociais mediante compromissos dilatatórios. Veja-se que a perspectiva trazida converge à noção de um ambiente jurídico em que se tem, de forma inegável, a hipertrofia da função simbólica em detrimento da concretização jurídica.

A confirmação de valores sociais traduz nitidamente a aproximação, por parte do legislador, de grupos sociais que tendem a sagrarem-se vencedores com determinada produção legislativa. A presença de instrumentos legais compatíveis com os valores sociais solidificados por determinados grupos e nações conduzem à sensação de uma verdadeira vitória legislativa. Veja-se, no entanto, que o plano da eficácia normativa passa a ser considerado tão apenas em segundo momento. A pressão exercida por grupos se sagra como verdadeira fonte de produção de uma vitória legislativa, ainda que a análise da concreta juridicidade dos institutos fique em segundo plano.

A legislação para a confirmação de valores sociais tem sua ocorrência em razão da pressão social para que os legisladores se posicionem diante de situações normalmente polêmicas, envolvendo valores conflitantes, os quais são defendidos por grupos que defendem posicionamentos e valores divergentes. Estes grupos exercem uma pressão para que o legislador emita um posicionamento que lhe é favorável, no sentido de reprimir as condutas que ele considera nocivas, portanto, sendo de certa forma “vitorioso”, em detrimento dos demais, cujo posicionamento não fora abarcado por um diploma legislativo estatal (Pinheiro, 2013, p. 21).

Nesse sentido, a intensa tentativa de influência social na atividade legiferante, bem como o *lobby* destinado aos participantes do processo legislativo ganham grande repercussão e força. São fatores que permeiam, neste ambiente, a produção de leis simbólicas. Veja-se, desde já, que não se busca, aqui, a ideia de ausência de participação social na produção das leis, ou mesmo a classificação da conduta de

grupos sociais diante da pressão destinada aos produtores das leis. Analisa-se tão somente a qualidade conferida aos institutos legais atingidos pelas respectivas condutas, qual seja, a ínfima eficácia normativa a eles atribuída.

Neves (2011, p. 33) traz exemplos da legislação simbólica manifestada através da confirmação de valores sociais. O autor, num primeiro momento, trabalha com o clássico molde da lei seca nos Estados Unidos. Em estudo que analisa a presença da força simbólica nos direitos humanos, Neves (2005, p. 4) sinaliza no sentido de que a força político-simbólico desta legislação estadunidense revela, com exatidão, a falta de eficácia jurídica do instituto. Em mesmo sentido, ao trabalhar com legislação relacionada ao aborto na Alemanha, Neves (2011, p. 34) traduz a busca, com o referido instrumento, de meios para a diferenciação de grupos, bem como seus interesses e valores, afastando-se da eficácia normativa dos institutos.

Exemplos outros também podem ser visualizados no Brasil. Em interessante trabalho que analisa a influência dos líderes de bancadas na produção legislativa, Morais (2019) traça a capacidade de repercussão, por parte dos representantes eleitos, na construção, ou não, de instrumentos legislativos que convirjam a valores assegurados pelo grupo representado. Ainda que não seja objeto do presente trabalho, a dinâmica da produção legislativa brasileira pode culminar, em vezes, em leis simbólicas que caminham tão somente na busca pela confirmação de valores sociais.

O espaço da política é por si só um ambiente de dimensões complexas, demonstrando haver múltiplas formas de manifestação da representação dentro do Congresso Nacional. Entendemos que, além dos partidos e das estratégias do *lobby*, as frentes e bancadas parlamentares temáticas podem adicionar compreensão mais ampla sobre o dinamismo das propostas e dos interesses que disputam espaço na agenda política, na medida em que agrupam interesses de várias naturezas e adotam estratégias que não somente incorporam, mas também extrapolam os mecanismos do *lobby* (Araújo; Silva, 2016, p. 5).

Neves (2011, p. 36), como acima mencionado, não estanca a análise da legislação simbólica tão somente na ótica da confirmação de valores sociais. O autor traz a plano a perspectiva da utilização de leis simbólicas como forma de demonstração da capacidade estatal na mitigação de desarranjos sociais. Assimila-se, aqui, a imagem da legislação-álibi, instituto que gera a falsa sensação de afastamento de problemas apresentados pela sociedade.

Deixa o Estado, com o produção da legislação-álibi, de responsabilizar-se com as mazelas que a ele são apontadas. Figura-se aquela como verdadeiro instituto que prontifica a presença do Estado, dando uma reação rápida, ainda que inefetiva, aos problemas visados. São inúmeros os exemplos que podem ser levados a plano. O autor traz, a título de ilustração, a produção legislativa destinada ao controle de venda de peixes em território alemão, causadora, esta última, de mazelas aos respectivos consumidores. Em ambiente brasileiro, a utilização do Direito Penal não raramente é prejudicada pelo instituto da legislação-álibi.

O revogado Estatuto de Defesa do Torcedor, a Lei n. 10.671/2003, ao sofrer alterações em 2010, passou a conter determinadas figuras que se voltavam à mitigação de tumultos ocorridos em proximidade aos locais de promoção de eventos esportivos (BRASIL, 2003). Veja-se que a tipificação ocorrida se voltou à tentativa de emissão rápida de resposta por parte do Estado diante dos problemas que envolviam os tumultos próximos dos locais de realização de eventos esportivos, sem, todavia, eficácia.

Neves (2011, p. 36) bem explicita que a legislação-álibi traz como pressuposto a encenação por parte dos que a emitem e por parte dos que são por ela, a legislação, atingidos. Frise-se, não menos importante, que a legislação-álibi pode trazer uma sensação de bem-estar, apaziguando tensões surgidas em decorrência do problema social tido como objeto. Em interessante análise, tem-se que:

A legislação-álibi busca dar a aparência de solução de um determinado problema social ou da vontade do Estado em atuar em prol do bem comum. Na prática, observa-se que tal espécie de legislação simbólica não apenas deixa os problemas sem solução, como também dificulta o processo de resolução (Azevedo, 2014, p. 12).

As consequências da demonstração de capacidade estatal por meio da legislação referida, no entanto, caminham em direção ao descrédito dos sistemas jurídico e político. Promovem, assim, não obstante a presença de um suposto bem-estar coletivo, a desmaterialização do ambiente jurídico e a sensação posterior de um inegável engano.

O uso abusivo e imoderado da legislação-álibi acaba sendo lesivo aos próprios interesses do legislador, tendo em vista que, se, por um lado, tal modalidade de legislação simbólica acalma os ânimos da população insatisfeita, por outro, tende a desgastar a imagem das instituições políticas e jurídicas, levando a uma descrença generalizada da sociedade na capacidade de ação do Estado (Azevedo, 2014, p. 13).

Neves (2011, p. 41) opta pela análise, ainda, da legislação simbólica sob terceira perspectiva, a saber, a efetivação de compromissos dilatatórios voltados ao adiamento de conflitos sociais. Veja-se que o autor, aqui, trabalha com a exata ótica da ineficácia jurídica da legislação. Os conflitos sociais detêm suas soluções adiadas em justa proporção à ineficácia apresentada pelo instituto legal. As dissonâncias apresentadas pelos respectivos grupos conflitantes deixam de ser resolvidas.

Emerge, então, questionamento referente ao motivo da aprovação do instrumento legislativo que, sabidamente, não será capaz de mitigar as desavenças. Neves (2011, p. 42), então, justifica que a aprovação pelos grupos discordantes é feita justamente por conta da ineficácia apresentada pelo instituto. Isso solidifica a transferência de solução a momento outro.

Enquadra-se nesta categoria a lei cuja função hipertroficamente simbólica destina-se a adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Em outros termos, o corpo legislativo promulga uma lei a despeito da existência de diferenças político-ideológicas inconciliáveis, buscando apenas dar ao público a aparência de capacidade de composição democrática das divergências. É, grosso modo, uma forma de “não resolver” um problema (Azevedo, 2014, p. 14).

A título de exemplo, Neves (2011, p. 41) trabalha com os casos da lei norueguesa e da Constituição de Weimar no tratamento dos empregados domésticos. Enquanto no primeiro instituto os empregados domésticos ganharam a sensação de possível proteção social, os empregadores não se descontentaram em virtude da nítida inaplicabilidade da legislação. Veja-se que foi perpetuada, então, a posterior solução do conflito. Uma falsa mitigação deste último através de um instituto legal aparentemente progressista.

Este capítulo trouxe, ainda que de forma a não esgotar o assunto, a perspectiva da constitucionalização e legislação simbólicas desenvolvida por Marcelo Neves (2011). Uma visão dos institutos legais que ganham outra leitura com a percepção de mecanismos que alavancam em demasia a ótica simbólica em detrimento da ótica jurídica. A confirmação de valores sociais, a demonstração de capacidade de ação do Estado (através da legislação-álibi) e, não menos importante, o adiamento da resolução de conflitos mediante compromissos dilatatórios caminham no exato sentido da hipertrofia da perspectiva da legislação simbólica.

A constitucionalização simbólica, como acima trazido, não foge do estudo pelo autor. Adquire, no entanto, análise mais ampla. Justamente em decorrência de seu próprio objeto. Cumpre-se, então, partir da análise dos possíveis efeitos advindos da constitucionalização e da legislação simbólicas, um breve estudo das verdadeiras consequências produzidas a partir daquelas.

## **2 OS EFEITOS TRAZIDOS PELA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS**

Superada a análise conceitual da constitucionalização e legislação simbólicas, cumpre-se, de forma sequencial, apresentar os efeitos advindos daquelas, indicando ainda, o cenário das consequências que são trazidas em paralelo aos institutos jurídicos destituídos de eficácia. Frise-se, desde já, que este capítulo, além de trazer os efeitos a partir dos sentidos positivos e negativos da legislação simbólica, tem por finalidade engendrar uma visão material do fenômeno.

Em um primeiro momento, cumpre-se trazer a plano a perspectiva arguida por Neves (2011, p. 148) em relação à constitucionalização simbólica. O estudo deste último fenômeno ganha particularidades quando observado o espaço em que se manifesta. Insta-se destacar que a constitucionalização simbólica garante distintos efeitos e representa diferentes pesos em acordo ao grau de desenvolvimento de nação que vivencia a hipertrofia da função político-simbólica sobre a eficácia normativa dos institutos.

Para tanto, interessante observar que Neves (2011, p. 128), em análise comunicada com a teoria dos sistemas, proposta por Niklas Luhmann, trabalha com a perspectiva da formação do Direito a partir das disposições ambientais que o cerceiam. Veja-se que a constitucionalização simbólica, aqui, assume papel da denominada alopoiese do sistema jurídico. A compreensão da alopoiese trazida por Neves (2011), todavia, deve ser efetivada em conjunto com as perspectivas trazidas pela ideia da autopoiese apresentada pelos sistemas.

Em proveitoso trabalho, Moura e Rafagnin (2018) trazem a análise do Direito a partir da teoria proposta por Niklas Luhmann, promovendo reflexões acerca do próprio fechamento, a partir da autopoiese, do sistema jurídico. Os autores trabalham com a perspectiva da sociedade enquanto ambiente composto de subsistemas. Ainda que os indivíduos sejam não estejam no sistema social, são incluídos no ambiente que cerceia este último.

Assim, a autopoiesis leva a compreensão do sistema como operacionalmente fechado, que não pode importar nenhuma operação do meio/entorno – reproduz-se sobre a base dos acontecimentos autoproduzidos. O conceito de autopoiesis do sistema, no entanto, não pode ser compreendido como processo que se realiza no âmbito do isolamento e da autocriação. A autonomia do sistema não pode ser confundida como falta de conexão com o entorno ou ausência total de “câmbios” entre sistema/entorno/meio/demais sistemas. Tal percepção falha, na medida em que omite a reflexão sobre um conceito chave da teoria autopoietica que é o de acoplamento estrutural (Moura; Rafagnin, 2018, p. 191).

O corpo social e os respectivos subsistemas abrigam as comunicações, e não os indivíduos, na visão trabalhada pelos autores acima referidos. Isso, entretanto, não ofusca a dimensão das pessoas, mas sim as garante a qualidade de ambiente. O centro da teoria trazida por Luhmann, de acordo com os autores, é o ser humano. Justifica-se tal assimilação notadamente em virtude da comunicação ser possível através do encontro e da linguagem dos indivíduos.

Calil e Estevão (2019, p. 764), em profícuo trabalho, bem trazem a análise da alopoiese do Direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional. Os autores trabalham com a perspectiva da alopoiese em contato com a ótica da autopoiese. Nesta, partindo-se da ideia de que os sistemas se autorreproduzem, tem-se a intensa intervenção do ambiente no qual aqueles estão inseridos. Isso não afasta, em seu turno, a possível inter-relação de um sistema com os demais.

O Direito, sob tal perspectiva, pode ser assimilado como um verdadeiro subsistema, do sistema social, que se comunica com os demais. Não se afasta, aqui, a presença de características próprias ao Direito que permitem com que ele seja visualizado de forma autônoma. Entretanto, inegável a comunicação com outros sistemas, característica que garante ao Direito a própria manutenção. A operacionalidade fechada do subsistema do Direito não afasta, assim, sua cognição aberta.

Dessa forma, o sistema jurídico é enclausurado operativamente, todavia, aberto no sentido cognitivo ou normativo. Com os acoplamentos estruturais, os sistemas realizam conexões com o meio/entorno/ambiente, procedendo a leitura a partir dos códigos internos e nos limites estabelecidos pelo próprio sistema, daqueles ruídos ou ressonâncias, que permitem transformações no interior dos sistemas. (Moura; Rafagnin, 2018, p. 188)

Tem-se, nesse sentido, que o Direito passa a ser observado em comunicação com os demais subsistemas a partir da própria ótica de sua abertura cognitiva e do

acoplamento estrutural, ainda que se apresente, em âmbito interno, com a operacionalidade fechada. Assim, a diferenciação do Direito é encontrada, na teoria luhmanniana, através das disposições que o destinam a abertura do sistema em sua perspectiva cognitiva.

É inegável que o direito, assim como a política e a economia, é um sistema social, que pode ser observado por intermédio da teoria Luhmanniana, podendo, também, se auto (re)produzir. Ocorre que o direito se diferencia dos demais sistemas, especialmente no que concerne às teorias que o consideram como um sistema aberto. Na autopoiese do direito, a normatividade não é a finalidade em si do sistema; é, sim, condição de sua abertura. A autorreferência pertence à realidade do direito como sistema social, não sendo tratada como um problema lógico, de modo que é condição imprescindível à unidade operacional e estrutural do sistema jurídico (Calil; Estevão, 2019, p. 761).

O principal ponto de análise da alopoiese neste capítulo se dá na diferenciação que é feita a partir da modernidade vivenciada pelos países centrais e pelos países periféricos. A constitucionalização simbólica não desmente a sua marcante presença quando analisada a modernidade periférica. Veja-se que esta é característica que não afasta a existência de disposições simbólicas em países “centrais”. Todavia, explana justamente manifestação robusta da constitucionalização simbólica em países da modernidade periférica.

Enquanto a autopoiese, como trazida por Calil e Estevão (2019, p. 764), mitigaria as complexidades apresentadas pelo corpo social a partir da promoção, pelo Direito, do denominado fechamento normativo e a da reconhecida abertura cognitiva do ambiente jurídico, a alopoiese não promove referidos fenômenos. Isso é justificado pela não superação de pré-modernidades, requisito *sine qua non* para a autopoiese.

Como se observa, a autopoiese do direito é característica de países de modernidade central, tendo em vista que a influência do ambiente, nesses países, obedece ao sistema de expectativas observado por Luhmann. Resta, porém, questionar se haveria possibilidade de se ter, por exemplo, no Brasil, um direito autopoietico. Seria necessário, como visto, que o direito fosse um sistema “normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”. Mas o que se observa é um fechamento cognitivo e uma abertura às normas impostas, em especial, pelo sistema econômico. No quadro de nulificação da normatividade, a própria Constituição sofre abalos em sua normatividade (Calil; Estevão, 2019, p. 767).

Neves (2011, p. 90) ao abordar as perspectivas dos efeitos da legislação simbólica, bem aponta que esta garante não apenas consequências de índole negativa. A legislação simbólica traz consigo, além da inegável ineficácia jurídica e

descrédito à vigência social, a produção precípua de efeitos de cunho propriamente políticos. Veja-se que tais efeitos são símbolos de institutos que promovem verdadeiro desarranjo social. As consequências, de forma não distinta, podem ser observadas, também, de acordo com a face da legislação simbólica observada.

Na legislação destinada à confirmação de valores sociais, verifica-se a existência de três efeitos socialmente relevantes. Como tais atos servem para convencer a população da consistência de determinado comportamento, tranquilizam os indivíduos do grupo glorificado, lhes transmitindo a sensação de que seus valores estão devidamente incorporados pelo ordenamento jurídico. Além disso, as principais instituições da sociedade passam a reverberar a lógica posta pela lei, o que amplifica sobremaneira sua força simbólica. Por fim, tal modalidade de legislação simbólica, ao distinguir as culturas detentoras de legitimação e dominação pública das consideradas “desviantes”, gera profundos conflitos entre o grupo glorificado e o grupo degradado (Azevedo, 2014, p. 15).

Em sequência, Azevedo (2014, p. 16) apresenta que a legislação-álibi, destinada à demonstração de capacidade do Estado na solução de problemas sociais, promove verdadeiro esvaziamento das forças populares voltadas à pressão de grupos políticos que detêm o poder. A imagem passada pelo ente estatal no sentido do pleno controle sobre a situação corrobora uma forma de manipular e iludir os indivíduos afetados pela medida. Uma autêntica maneira de dar a vazia sensação às pessoas de que o Estado, nas hipóteses, apresenta controle. A conversão do bem-estar momentâneo na descrença do sistema jurídico, assim, é fenômeno de difícil afastamento.

Não menos importante, a postergação do deslinde de conflitos mediante compromissos dilatórios culmina na própria manutenção do estado em que as coisas se encontram. A apresentação de lei que transpareça o progresso e a superação dos conflitos sociais é o modo pelo qual o ente estatal joga para frente o tratamento de questões que há muito deveriam ser apreciadas com zelo. Veja-se que este fenômeno fortifica a ideia no sentido de que a quantidade de leis de determinada nação não significa a exata mitigação dos problemas sociais. Frise-se, desde já, isso não desvaloriza as leis. O contrário. Estimula-se o engendramento de institutos que apresentam real eficácia.

Traz-se a plano, agora, perspectiva outra que os efeitos advindos da legislação simbólica podem ser observados. Mesmo que não discordante das perspectivas anteriores, caminha, em alguns casos, à apreciação de cenário distinto das consequências promovidas pela legislação simbólica, qual seja, o da omissão

inconstitucional. Esta, ainda que parte de fenômeno afeto ao estudo do controle de constitucionalidade, detêm significativa proximidade da legislação simbólica quando analisados os respectivos efeitos desta última. Para tanto, imprescindível a disposição dos pressupostos de caracterização da omissão inconstitucional.

O pressuposto essencial para o surgimento da *omissão inconstitucional* situa-se na ideia de Constituição escrita e rígida, dotada de supremacia no ordenamento jurídico do Estado e obra de um Poder Constituinte que represente a vontade do povo. Essa noção de Constituição, por suas características, nasce para ser cumprida e respeitada pela sociedade e pelos poderes estatais que o texto constitucional institui e cujas funções e limitações se encontram expressas na Lei Maior. (Araújo, 2017, p. 15, grifos do autor)

Tem-se, desde já, que a omissão inconstitucional não é caracterizada em qualquer abstenção por parte do ente estatal. Pela própria nomenclatura, a ausência de ação ou, não raramente, a ação parcial desprovida de eficácia apenas adquire a qualidade de inconstitucional quando se voltam contra o Texto Maior. Assim, a legislação simbólica, quando produzida em despreço ao que trazido é pela respectiva Constituição, ao não evidenciar relevante inconstitucionalidade por ação, pode adquirir esta qualidade sob a perspectiva omissiva. Explica-se.

A omissão legislativa inconstitucional consiste numa abstenção indevida, ou seja, em não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma certa e determinada. É dizer: ela não é aferida em face do sistema constitucional em bloco, mas em face de uma norma constitucional específica, cuja exequibilidade é dependente de integração normativa. Só é possível falar em inconstitucionalidade por omissão quando há o dever constitucional de atuação. Sabe-se que muitas normas constitucionais facultam — mas não obrigam — o exercício de certas competências (Puccinelli Júnior, 2013, p. 132).

O controle de constitucionalidade brasileiro se desvincula da percepção de que apenas leis ou atos normativos emanados por órgãos públicos ensejam a incompatibilidade frente à Carta Política de 1988. A inércia e a omissão pública (abrangendo-se, aqui, não apenas o Poder Legislativo), diante de obrigações engendradas pelo constituinte originário, assumem fonte de incidência do controle de constitucionalidade por omissão. A finalidade do controle voltado à inconstitucionalidade por omissão consiste em:

[...] realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente

programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador (Temer, 1996, p. 51).

A doutrina se apoia sobre classificações e os requisitos para que seja efetivado o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido, a omissão inconstitucional pode ser total ou parcial, formal ou material e absoluta ou relativa. A omissão total, pela própria nomenclatura, estabelece-se quando há a ausência de regulamentação das normas constitucionais nas quais o legislador originário tenha disposto a obrigação de posteriores disciplinamentos. A omissão parcial, por sua vez, concretiza-se havendo a regulamentação demandada pelo constituinte originário. Entretanto, a regulamentação é insatisfatória ou insuficiente para que os verdadeiros anseios da norma da Constituição sejam concretizados. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Pela proximidade entre as classificações, assimila-se que a omissão inconstitucional total se coaduna com a denominada omissão inconstitucional formal. Por outro lado, de forma lógica, a omissão inconstitucional parcial assume proximidade da omissão inconstitucional material. Como foco do presente capítulo, concentra-se o estudo da omissão inconstitucional em sua face material. A análise do aspecto material da conduta eivada pela inconstitucionalidade omissiva se aproxima do estudo do conteúdo do objeto. Tem-se, assim, que a ênfase da omissão inconstitucional material não está propriamente atrelada aos aspectos de índole formal.

A legislação simbólica produz, dentre outros efeitos, a nítida ineficácia dos institutos jurídicos. Esta, pode ser analisada sob a perspectiva da regulamentação defeituosa de aspecto jurídico por parte do legislador. A omissão inconstitucional parcial, aqui verificada pelos traços da omissão inconstitucional material caminha justamente neste sentido, qual seja, a apresentação de regulamentação deficiente ou injusta de determinada norma constitucional de eficácia limitada. A não produção de efeitos determinados pelo texto constitucional, característica que pode ser observada em determinadas legislações simbólicas, converge, assim, à caracterização da conduta omissiva, ainda que por via parcial.

### **3 POSSÍVEL LUZ TRAZIDA PELO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Superada a análise, ainda que breve, dos possíveis efeitos trazidos pela constitucionalização e legislação simbólicas, insta-se adentrar, agora, ao estudo de uma possível luz trazida às desavenças geradas por aquelas. Veja-se, num primeiro

momento, que o estudo demanda a assimilação de fenômenos que, não de hoje, ganham espaço no novo cenário engendrado pelo constitucionalismo. Trata-se de um possível entusiasmo gerado, de forma justificada, com os rumos criados pelo Textos Constitucionais formados no século XX.

A constitucionalização e legislação simbólica, como abordado no primeiro capítulo, compadecem de um cenário no qual a hipertrofia da perspectiva político-simbólica suplanta a concretização jurídica dos institutos. A alopoiese, a descrença no ambiente jurídico em virtude da ineficácia dos institutos simbólicos e a omissão inconstitucional são alguns dos possíveis efeitos gerados com a implementação de disposições simbólicas. São consequências que cerceiam os Estados e os indivíduos atingidos pela constitucionalização e legislação simbólicas.

A leitura a ser abordada diante de tais fenômenos, assim, converge, não de hoje, à imagem da necessária presença do Poder Judiciário no caminho da efetivação das normas constitucionais e das disposições infraconstitucionais. Institutos como o do controle de constitucionalidade indicam que referido Poder detém, além de outras, a digna função de concretização dos institutos jurídicos. As Constituições, não menos importante, assumem e garantirão ainda maior papel em referida ótica da efetividade.

Traz-se a plano, então, a perspectiva sustentada pelo neoconstitucionalismo, fenômeno que ganha considerável relevo sobretudo a partir da leitura que adquirem algumas das Constituições mais recentes. Para tanto, não se pode afastar, a título de compreensão do neoconstitucionalismo e de seus benefícios, o entendimento do próprio constitucionalismo. Este pode ser assimilado através da perspectiva da limitação de poderes. A passagem de um modelo de Estado em que os governantes tudo podiam para um estado que os detentores do poder conviveram com este de forma limitada.

O abuso do poder por parte dos governantes fez com que esse poder passasse a ser questionado, desencadeando o constitucionalismo. O primeiro episódio a marcar o início desse movimento foi a *Magna Carta* de 1215, na Inglaterra, imposta ao Rei João, a qual pretendeu garantir uma série de direitos individuais. Nesse momento, o constitucionalismo é apontado como sendo um movimento que busca a limitação do poder dos governantes (Nunes Júnior; Bastos, 2020, p. 173).

De forma a estabelecer sentidos ao constitucionalismo, Tavares (2014, p. 21) bem denotou que referido movimento político-social tem como origem a ideia de limitação do poder. Não menos importante, a presença de cartas constitucionais

escritas simboliza também uma marca do constitucionalismo. Este pode ser visualizado sob distintas perspectivas, indicando, ainda, a função assumida pelos textos constitucionais no sentido de efetivar seus propósitos, bem como ser assimilado como verdadeira evolução dos Estados. Em qualquer dos sentidos, inegável a concepção do constitucionalismo como movimento que trouxe nova forma de manifestação e limite do poder.

O neoconstitucionalismo não ofusca as características então trazidas pelo constitucionalismo. Mas vai além. Traça, em suas linhas, a ótica que ultrapassa a limitação do poder e da singular previsão de direitos fundamentais. Caminha o neoconstitucionalismo, nesse sema, à concretização e efetivação dos Textos Constitucionais. Também denominado de constitucionalismo pós-moderno ou, até mesmo, pós-positivismo, o neoconstitucionalismo assegura a perspectiva axiológica dos institutos. Barroso (2006, p. 44), em interessante trabalho referente ao neoconstitucionalismo e à constitucionalização do Direito, bem aborda panoramas (marcos) que sustentam o neoconstitucionalismo. A história não desconfigura a movimentação tendente ao “novo” constitucionalismo.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2<sup>a</sup>. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. (Barroso, 2006, p. 45)

O cenário europeu, posterior à Segunda Guerra Mundial, convergia à necessidade por mudanças no comportamento e peso atribuídos à Constituição. Fenômeno esperado em um ambiente marcado por profundas rupturas aos direitos tidos hoje como fundamentais. A redemocratização dos Estados demandaram a presença de textos constitucionais que garantissem o manto dos direitos fundamentais, uma forma de afastamento do ambiente vivido anteriormente.

Cambi (2008, p. 96) bem demonstra que a dignidade da pessoa humana adquiriu, sob a ótica do neoconstitucionalismo, o centro valorativo da tutela jurídica, ultrapassando a perspectiva que restringia sua aplicação no contato estabelecido entre governantes e governados. Assim, ganhou a dignidade da pessoa humana aderência às relações propriamente privadas, diante de ameaça ou violação a direitos.

O cenário brasileiro, de forma símile, não desmente a movimentação democrática. A Constituição Federal de 1988 bem demonstra o anseio por mudanças, por perspectivas direcionadas à democracia. Casali (2008, p. 133) aborda a passagem do constitucionalismo moderno, pautado na perspectiva puramente legalista, ao ambiente em que as Constituições concentram o peso do ordenamento jurídico.

Desta maneira, a Constituição, como garantia de direitos fundamentais, deve servir a todos, mesmo quando não se encontra unidade social, possibilitando a convivência pacífica. A exaltação da Constituição como “projeto de conciliação social e política” e como instância de garantia dos direitos fundamentais acarreta na elaboração de um modelo de Estado Constitucional de Direito, onde são disciplinadas as formas de produção legislativa e os limites contra a violação de direitos de liberdade e sociais (Casali, 2008, p. 133).

Barroso (2006, p. 46), em continuidade, traz a perspectiva filosófica engendrada pelo neoconstitucionalismo. O afastamento do direito natural pelo positivo jurídico, em sequência, fez com este último também não mais fosse sustentado. A objetividade científica e a equiparação do Direito à lei deixa de ter fundamento. O neoconstitucionalismo sustenta, em sua face filosófica, uma releitura do posicionamento do direito frente demais institutos. A leitura da ciência do Direito ganha os afetos da filosofia. Os princípios adquirem carga normativa e a Constituição passa a suportar uma nova hermenêutica. Materializa-se, assim, o pós-positivismo.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (Barroso, 2006, p. 47-48).

Veja-se, assim, que a concepção trazida pelo pós-positivismo não se prende à determinada corrente, de forma fixa. Tenta, assim, conjugar as perspectivas trazidas pelo jusnaturalismo e pelo juspositivismo. Uma verdadeira concordância prática entre os institutos. A Filosofia e o Direito, então distantes, passam a comunicar em suas nuances. A teoria dos direitos fundamentais adquire respaldo na dignidade da pessoa

humana. Em síntese, as anteriores barbáries promovidas sob manto da legalidade passam a perder força, cedendo espaço à ética e aos valores.

Barroso (2006. p. 48) destaca, além dos marcos histórico e filosófico, o marco teórico do neoconstitucionalismo. Uma das faces deste último que procura condensar, em linhas gerais, a alteração do peso das Constituições e do Poder Judiciário com o advento do neoconstitucionalismo. Insta-se observar, aqui, que o marco teórico do neoconstitucionalismo condensa a ideia da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e da nova dogmática de interpretação constitucional. A imperatividade destinada às Cartas Políticas não desmente o novo peso a estas atribuído.

Inicia-se a abordagem da força normativa garantida às Cartas Magnas. O deslocamento da força normativa à Constituição assume destaque no acréscimo percebido pelo Texto Constitucional. Nas ideias de Barroso (2006. p. 49), o que antes era visto apenas como documento político passou a deter suas disposições protegidas pelo manto vinculativo e obrigatório. Em reconhecida obra, Hesse (1991), ao afastar a ideia da Constituição como mera “folha de papel”, expõe que o Documento Constitucional concentra importância de forma conjunta ao respeito e à efetivação da vontade de Constituição.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição (Barroso, 2006, p. 48).

A constitucionalização e a legislação simbólicas, assim, passam a ser mitigadas pela normatividade atribuída ao Texto Constitucional. Veja-se que as leis detentoras de sobrepeso político-simbólico deixam de ganhar respaldo frente às Constituições. As determinações advindas desta última e a supremacia constitucional passam a permitir um verdadeiro controle, aqui denominado de controle de constitucionalidade, de atos contrários às intenções da Carta Política. Assim, verifica-se que a força normativa da Constituição irradia efeitos que superam a pura análise do Texto Constitucional.

A expansão da jurisdição constitucional, em outra perspectiva, caminha no sentido de garantir ao Poder Judiciário maior atuação no exercício de suas funções. O peso que antes era atribuído ao Poder Legislativo passa a ser compartilhado com o Poder Judiciário. Frise-se que isso, com bem trazido por Ávila (2009, p. 18) não foi e não deve ser visto como um ofuscamento do Poder Legislativo. No entanto, inegável a benéfica consolidação do Poder Judiciário. Alguns fatores convergem à explicação do fenômeno. Vieira (2008, p. 442), preleciona que o encolhimento do sistema representativo, o modelo de mercado e a consolidação das Constituições rígidas podem ter corroborado a emergência do Poder Judiciário.

O fenômeno da expansão da jurisdição constitucional caminha justamente no sentido de dotar o Poder Judiciário de prerrogativas que possibilitam a melhor interação com atos dos demais Poderes. A atividade legiferante, quando simbólica, ganha via alternativa à obtenção e ao asseguramento de direitos. A omissão inconstitucional, como possível efeito proveniente da legislação simbólica, recebe institutos que tendem a mitigar a ausência ou ingerência de normas que regulamentem disposições constitucionais de eficácia limitada.

O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são exemplos de mecanismos que mitigam a omissão inconstitucional. Enquanto o mandado de injunção se substancia sob a ótica de uma garantia individual, delineada com a intuição de tornar efetivo o exercício de direitos fundamentais, legitimada a sua propositura por qualquer titular de direito, com os efeitos *inter partes* a partir da respectiva decisão, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, característica do controle abstrato de constitucionalidade, substancia-se como garantia da própria Constituição, sendo desenvolvida com o intuito de assegurar a efetividade de normas constitucionais, legitimada a sua propositura a partir de uma ótica restrita de indivíduos e produtora de efeitos *erga omnes* em face da respectiva decisão.

Enfim, mas não menos importante, tem-se a nova dogmática de interpretação constitucional. As normas (regras e princípios), quando confrontadas, passam, com o neoconstitucionalismo, a receber interpretação consonante aos próprios dizeres constitucionais. Reconhece-se, então, a necessidade de desenvolvimento de nova dogmática de interpretação constitucional. Uma verdadeira sistematização dos princípios aplicáveis aos casos. Princípios instrumentais que guiam a atividade do operador do Direito. A interpretação constitucional, na perspectiva de Rodrigues e

Cella (2014, p. 53), passa a operar com o auxílio de princípios, de ponderações e, em essência, da argumentação.

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. supra) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade (Barroso, 2006, p. 52).

Importa-se observar, desde já, que a interpretação jurídica tradicional não foi afastada. Como supramencionada, a essência do neoconstitucionalismo não se concretiza no afastamento das previsões antes tidas como benéficas. O engendramento de nova dogmática de interpretação constitucional, assim, passa a caminhar em conjunta à interpretação jurídica tradicional.

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico (Barroso, 2006, p. 52-53).

Nesse sentido, a perspectiva trazida pelo neoconstitucionalismo, sobretudo em análise de seus marcos histórico, filosófico e teórico, converge a uma nova leitura das Constituições. A constitucionalização e a legislação simbólicas tendem a perder força quando confrontadas aos parâmetros introduzidos pelo um novo constitucionalismo operante na concretização e efetivação de direitos. A possível hipertrofia político-simbólica dos instrumentos legais passa a conviver com as Constituições ocupando o centro dos ordenamentos jurídicos.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente trabalho traçou a análise do conceito e dos efeitos da constitucionalização e legislação simbólicas sob a perspectiva engendrada pelo

neoconstitucionalismo. Na primeira seção do artigo, pôde-se observar, em análise inicial, o panorama do conceito de Constituição, bem como o estudo de Marcelo Neves referente à constitucionalização e legislação simbólicas. Assim, foi possível observar o conceito atribuído a estas últimas em conjunto às próprias formas de manifestação da legislação simbólica no ambiente social. A confirmação de valores sociais, a demonstração da capacidade do Estado por intermédio da legislação-álibi e o adiamento da resolução de conflitos mediante compromissos dilatórios não desmentem a presença da legislação simbólica na sociedade.

O segundo capítulo do trabalho trouxe a plano a análise dos efeitos advindos da constitucionalização e legislação simbólicas. Quanto à primeira, foi verificada a ótica da alopoiese como verdadeiro fenômeno característico da não superação de denominadas pré-modernidades. Não menos importante, ao serem observados os efeitos provenientes da legislação simbólica, ratificou-se a noção do descrédito atribuído ao ambiente jurídico justamente em virtude da falsa sensação de bem-estar promovida pelos institutos simbólicos. Ainda, foi engendrada a análise um possível efeito advindo, também, da legislação simbólica, qual seja, a omissão inconstitucional.

A terceira seção do trabalho abordou a existência de possível luz ao fenômeno da constitucionalização e legislação simbólicas. Assim, ventilou-se a ótica do neoconstitucionalismo como movimento que não mitiga os traços constituídos pelos constitucionalismos anteriores, mas que vai além. O neoconstitucionalismo foi observado como fenômeno que remonta nova leitura ao Texto Constitucional. Um verdadeiro movimento que move a Constituição ao centro do ambiente jurídico. Isso pôde ser efetivado mediante a compreensão da própria essência do constitucionalismo.

Para a análise do constitucionalismo pós-moderno ou, também denominado, pós-positivismo, contou-se com auxílio de interessantes marcos apresentados pelo fenômeno. O marco histórico, demonstrando a redemocratização de países europeus em cenário posterior à Segunda Guerra Mundial bem como, em ambiente brasileiro, com a Constituição de 1988, o marco filosófico, ilustrado pelo pós-positivismo, e o marco teórico, caracterizado pela força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova dogmática de interpretação constitucional, sustentaram a existência de possível luz aos malefícios provenientes da constitucionalização e legislação simbólicas.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo Alves Netto de. **Omissão inconstitucional: teoria e prática**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em:

[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12022021-114644/publico/8874128\\_Dissertacao\\_Original.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12022021-114644/publico/8874128_Dissertacao_Original.pdf). Acesso em: 07.08.2023.

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; SILVA, Rafael Silveira e. Frentes e bancadas parlamentares: uma proposta teórico-metodológica e de agenda de pesquisa. *In*: Encontro de ciência política e a política: memória e futuro. 10., 2016, Belo Horizonte. Disponível em:

[https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6517/2016\\_araujo\\_frentes\\_bancadas\\_parlamentares.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6517/2016_araujo_frentes_bancadas_parlamentares.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 05.08.2023.

AZEVEDO, Caio Cesar Lopes Rangel de. **Legislação simbólica no direito positivo brasileiro**. 2014. 35f. Monografia (graduação) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014. Disponível em:

<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/8621/AZEVEDO%2C%20Caio%20Cesar.%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Simb%C3%B3lica%20no%20Direito%20Positivo%20Brasileiro%20%282014%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05.08.2023.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>. Acesso em: 16.08.2023.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006. Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista33/Revista33\\_43.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf). Acesso em: 07.02.2021.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro; NUNES JÚNIOR, Vidar Serrano. O constitucionalismo e a evolução da interpretação. **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**, São Paulo, n. 1, p. 171-197, 2020. Disponível em:

<https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/50407>. Acesso em: 14.08.2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28.11.2020.

BRASIL. **Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 mai. 2003. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.671.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm).

Acesso em: 05.08.2023.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; ESTEVÃO, Roberto da Freiria. A alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 24, n. 3, p. 757–780, 2019. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/15489>. Acesso em: 09.08.2023.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, BA, n. 17, 2008.2, p. 93-130. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo\\_Cambi\\_Neoconstitucionalismo\\_e\\_Neoprocessualismo.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf). Acesso em: 26.02.2024.

CASALI, Guilherme Machado. **Aspectos históricos e conceituais do neoconstitucionalismo e sua relação com o positivismo jurídico**. 2008. 148 f. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. 432 p.

GOMES, David Francisco Lopes. Para uma crítica à tese da constitucionalização simbólica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 12, n. 2, p. 442-471, ago. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24821>. Acesso em: 02.08.2023

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MORAIS, Leonardo Rodrigues de. **Manda quem pode?** A influência do perfil dos líderes de bancada na disciplina de proposições na Câmara dos Deputados. 2019. 68f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 03.08.2023.

MOURA, Marcelo Oliveira de; RAFAGNIN, Thiago Ribeiro. O Direito na teoria de Niklas Luhmann: observações acerca do “fechamento” autopoietico do sistema jurídico / The Law in theory from Niklas Luhmann: comments about the autopoietic "shutdown" from juridical system. **Revista Quaestio Iuris**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 173-194, jan. 2018. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25850/23306>. Acesso em: 10.08.2023.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 03.08.2023

NEVES. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PINHEIRO, Ana Carolina Lucena. **A legislação simbólica aplicada ao direito penal**. 2013. 70f. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em:  
[https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27281/1/2013\\_tcc\\_aclpinheiro.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27281/1/2013_tcc_aclpinheiro.pdf). Acesso em: 03.08.2023.

JÚNIOR, André P. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*. ISBN 9788502206441. Disponível em:  
<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502206441/>. Acesso em: 08.08.2023.

RODRIGUES, Renê Chiquetti; CELLA, José Renato Gaziero. Considerações teóricas sobre a noção de neoconstitucionalismo. **Revista Argumenta – UENP**, Jacarezinho, PR, n. 20, p. 47-61, 2014. Disponível em:  
[https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/522/pdf\\_48](https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/522/pdf_48). Acesso em: 26.02.2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 12<sup>a</sup> ed., 2014.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. 222 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441- 464, 2008. Disponível em:  
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 16.08.2023.