

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA
JURÍDICAS**

ANA PAULA BASSO

DANIELA MESQUITA LEUTCHUK DE CADEMARTORI

MARCELO MACIEL RAMOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

S678

Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Ana Paula Basso, Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Marcelo
Maciel Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-137-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Sociologia. 3.
Antropologia. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom
Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

A presente obra coletiva resulta das reflexões e debates expostos no Grupo de Trabalho SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS, no âmbito do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte Minas Gerais, entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), pela Fundação Mineira de Educação e Cultura Universidade Fumec e pela Escola Superior Dom Helder Câmara, com apoio da CAPES, do CNPq e do IPEA sobre o tema Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

A presente Coordenação acompanhou a exposição dos artigos junto ao Grupo de Trabalho (GT-29), o qual selecionou textos que trouxeram aos debates relevantes discussões sobre Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas. Os artigos apresentados tratam de questões centrais de uma sociedade pós-moderna, complexa, líquida, violenta e insegura, apresentando, uma perspectiva crítica e em algumas ocasiões, caminhos de solução, ou pelo menos a possibilidade de um conhecimento transformador das realidades do mundo.

Por ocasião do evento, foram apresentados mais de vinte artigos no Grupo de Trabalho em comento, todos relacionados às relevantes e atuais questões inseridas nas perspectivas da sociologia do direito, da antropologia e da política, relacionadas à vulnerabilidade da vida humana conectadas à crise ecológica e as discussões relacionadas à sustentabilidade.

Para uma análise sistematizada das temáticas propostas pela sociologia jurídica e antropologia, subdividimos o trabalho coletivo em quatro grandes eixos. A primeira parte, intitulada PODER/POLÍTICA, insere os artigos que discutem as consequências da globalização, os desafios da fundamentação do direito na razão comunicativa, a contribuição de conceitos tais como os de poder, hegemonia, grupo, crença. Liberdade, em diferentes perspectivas. O arcabouço das ideias expostas neste primeiro momento, abrange também a análise da relação entre clássicos como Marx e Weber e uma compreensão crítica da ideia de colonialidade do poder a partir de Aníbal Quijano, considerando as relações de gênero e trabalho.

Na segunda parte da obra coletiva, cognominada A CIDADANIA DO OUTRO/ INCLUSÃO E EXCLUSÃO , o conteúdo temático exposto pelos autores refere-se ao discurso jurídico racista no Brasil, a inclusão/exclusão vista como metacódigo e os direitos e a violência praticada contra os povos originários. O segmento é também composto por temas relevantes, tais como, a apresentação de projetos de reflexão sobre o ensino, a partir da utilização de documentários, da discussão sobre as possibilidades da antropologia jurídica e mesmo do atual debate sobre a inclusão das questões de gênero na atual legislação brasileira sobre educação.

A terceira parte, intitulada VIOLÊNCIA, abriga desde a memória do período da ditadura militar - através da observação das práticas do Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro - , a discussão sobre a origem e o controle da violência - através de clássicos tais como Hobbes e Freud - até a análise de como se produz a sociabilidade violenta dos centros urbanos brasileiros.

E por fim, a quarta parte, denominada ESPAÇO PRIVADO/ VIDA COTIDIANA/ FAMÍLIA /EMOÇÕES incorporou os textos referentes às mulheres latino americanas - divididas entre opressão de gênero e sexualidade- , a percepção do amor em sociólogos tão diversos quanto Luhmann, Giddens e Bauman, as dificuldades atuais dos relacionamentos afetivos e mesmo o repensar da regulação conflitos de gênero em relações conjugais, a partir das contribuições da sociologia clássica à contemporânea.

Perpassando os quatro eixos temáticos, percebe-se o esforço da pós-graduação em Direito brasileira em direção ao desenvolvimento da pesquisa empírica. São trabalhos inovadores, realizados junto aos Juizados Especiais Fazendários, ou mesmo, sobre a aplicação e os reflexos do princípio da oralidade no cotidiano da Vara de Família, ao lado de reflexões sobre essa pesquisa como ferramenta de decolonização ou mesmo como meio de emancipação do Direito. Quase ao fim desse prefácio, impossível não lembrar dos alunos das professoras e pesquisadoras Ana Clara Correa Henning e Mari Cristina de Freitas Fagundes, que depois de experimentarem e conhecerem na prática seus temas, afirmam: e a gente faz a nossa própria cabeça.

O grupo de trabalho denominado Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas se destaca dentro do Congresso do CONPEDI por trazer um perfil interdisciplinar aos estudos da pós-graduação em Direito. Entre os trabalhos apresentados foi possível conhecer as diversas metodologias de ensino, seja na pesquisa discente como na prática do docente. Os estudos e concepções diversos partilham a necessidade da observação dos fatos e fenômenos e coletas de dados referentes a eles, que a partir de sua análise e interpretação, é possível elaborar uma

fundamentação teórica consistente, que auxilie a compreender e formatar o próprio Direito. Os estudos apresentados demonstraram diversos aspectos da realidade social, atentos às formas de ver e de sentir, sob um olhar coletivo e individual.

Conforme se verifica, alguns estudos da obra coletiva partiram da análise comparativa, mesclando opiniões e também demonstrando pontos em comuns. Assim como foi debatido os sentimentos dos indivíduos das mais diversas origens socioculturais. A análise interdisciplinar propiciada pelos diversos temas apresentados e pela metodologia que muitos temas foram apresentados, percebe-se que há uma tentativa que se mostra bem sucedida enquanto tratar de interações do indivíduo/sociedade e o contexto jurídico e político que envolvem determinadas situações, grupos ou regiões.

Muitas das questões debatidas refletem processos conflituosos e contraditórios da sociedade que se encontra em constante mutação, em que no Direito se procura encontrar uma resposta. É importante que o ensino jurídico esteja inserido em um diálogo permanente e consistente com outros ramos do saber. Diante dessa ideia, as diferentes perspectivas apresentadas pelos participantes do Grupo de Trabalho Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas permitiram atingir níveis de maior complexidade do conhecimento, sobretudo nas pesquisas de campo, que auxiliam, conforme se verificou pelos relatos de suas experiências, na própria atividade docente.

O conhecimento jurídico é construído ao longo do tempo. Embora historicamente situado, deve seguir a evolução social como sistema disciplinador da sociedade. Essa construção tem por base as demais Ciências Sociais, de forma que o Direito não seja apenas uma aparência, distante das relações atuais. As influências positivistas ainda permeiam a prática jurídica, entretanto, as perspectivas de outras Ciências podem vir a ser fontes relevantes de elaboração de instrumentos normativos, bem como na prestação jurisdicional.

Essa comunicação do Direito com a perspectiva de outras áreas do conhecimento propiciam um novo olhar para as questões jurídicas e desenvolvimento da nossa sociedade, de forma que se possa ultrapassar a ótica mecanicista e abstraída da realidade quando da aplicação da lei. Relevante considerar novas influências, novas percepções e novos argumentos na prática jurídica.

Fica o desejo de que os textos selecionados, construídos a partir de bases sociológicas e antropológicas seguras, as quais possibilitaram amplas reflexões e debates por ocasião do GT

e aqui expostos de forma científica, possam germinar com êxito em solo acadêmico, fomentando, pois, o desenvolvimento de novas reflexões, críticas e posicionamentos em face às concepções ofertadas na presente

obra coletiva, a ser disponibilizada eletronicamente.

COORDENADORES(AS) DO G.T. SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Possui graduação em História e Direito pela Universidade Federal de Santa Maria RS (1984; 1986), mestrado e doutorado pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993;2001) e pós-doutorado pela UFSC (2015). Atualmente é professora da graduação e pós-graduação em Direito da Unilasalle (Canoas RS). Contato: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

Ana Paula Basso

Possui graduação em Direito pelo UNIRITTER/RS (2003), doutorado pela Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha e Università di Bologna/Itália e pós-doutorado pelo UNIPÊ/PB. Atualmente é professora na graduação e no mestrado profissional de Administração Pública em rede nacional (PROFIAP) na Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e também professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Contato: anapaula.basso@gmail.com

Marcelo Maciel Ramos

Possui graduação em Direito, Mestrado em Filosofia do Direito e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), tendo realizado parte de suas pesquisas doutorais no Institut de la Pensée Contemporaine da Université Paris VII. Atualmente é professor em dedicação exclusiva dos cursos de Direito e de Ciências do Estado da Faculdade de Direito da UFMG, bem como do programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, onde está habilitado a orientar dissertações de mestrado e teses de doutorado. Para mais informações, visiste www.mmramos.com ou entre em contato pelo email mmramos@ufmg.br.

**O METACÓDIGO INCLUSÃO/EXCLUSÃO E O FENÔMENO DA LEGISLAÇÃO
SIMBÓLICA: O PROVÁVEL BLOQUEIO AO ESTADO DE BEM ESTAR**

**THE METACODE INCLUSION/EXCLUSION AND THE PHENOMENON OF
SYMBOLIC LAW: THE LOCK LIKELY TO WELFARE STATE**

**Francis Rafael Mousquer
José Francisco Dias Da Costa Lyra**

Resumo

Partindo da premissa de que o acoplamento entre sistema político e jurídico ocorre através da Constituição, o presente artigo tem por objetivo estabelecer a relação existente entre o metacódigo inclusão/exclusão - espécie de diferenciação social inserido na sociedade sistêmica - e a legislação simbólica como fenômenos capazes de obstar o projeto social do Estado de bem-estar. Para isso, o método utilizado foi o dedutivo, por meio de uma pesquisa de análise bibliográfica direta e indireta, utilizando-se da doutrina correspondente a temática proposta através de livros, artigos e periódicos.

Palavras-chave: Inclusão/exclusão, Legislação simbólica, Estado de bem-estar

Abstract/Resumen/Résumé

Assuming that the coupling between political and legal system takes place through the Constitution, this article aims to establish the relationship between the metacode inclusion /exclusion - sort of social differentiation inserted into the systemic society - and the symbolic law as phenomena capable to prevent the social welfare project of the state. For this, the method used was deductive, through a direct and indirect bibliographic analysis research using tissue corresponding doctrine proposed theme through books, articles and journals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Inclusion/exclusion, Symbolic legislation, Welfare state

1 INTRODUÇÃO

A formação do Estado constitucional contemporâneo foi marcada por diversas transformações temporais em diferentes períodos e sob diversos aspectos. No âmbito estatal a transição ocorreu do *laissez faire* ao Estado de bem-estar, e posteriormente, a uma nova conjuntura de caráter neoliberal e adstrita aos influxos do capitalismo. Assim, as sociedades periféricas e de modernidade tardia – em específico o Brasil – operaram na tentativa de engendrar uma proposta inclusiva por meio de um Constitucionalismo voltado aos direitos fundamentais. Todavia, algumas causas impediram a sua concretização. A alteração de paradigmas no cenário econômico gerou uma série de alterações no mercado de trabalho, traduzidas em sua maioria pela dicotomia exclusão x inclusão.

Dentre os possíveis efeitos advindos, interessa-nos especificamente as ingerências frente aos sistemas jurídicos e sociais. Procurar-se-á demonstrar a ligação existente entre o metacódigo inclusão/exclusão e o simbolismo constitucional e legislativo, ocasionando assim um possível rompimento com o projeto inclusivo, haja vista a dificuldade de acesso aos direitos fundamentais.

O Estado de bem-estar, bem como os sistemas jurídicos contemporâneos são caracterizados por uma série de direitos e deveres que foram alçados ao status de pedra angular das sociedades democráticas. A transformação ocorrida ao longo do último século é marcada pelos influxos da economia digital, pela globalização excludente, pelo aumento da complexidade nas inter-relações sociais, pela diversidade cultural, e, sobretudo pela necessidade de buscar uma resposta à dificuldade de concretização da proposta constitucional inclusiva. Logo, a motivação inserida no contexto da pesquisa está materializada na análise da problemática inserida no ordenamento por meio do simbolismo presente nas legislações e seus impeditivos jurídico-sociais.

1 A SOCIEDADE COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Niklas Luhmann notabilizou-se, entre outras teses, pelo desenvolvimento de sua teoria sociológica dos sistemas. A principal contribuição de sua doutrina consiste em refazer o limite em que são concebidos e analisados os sistemas, deslocando a relação entre o todo e suas partes para um novo modelo, que destacasse a diferença entre sistemas e ambientes. Desse

modo, este moderno paradigma possibilitou o relacionamento entre as estruturas - incluído as formas de diferenciação - e as trocas entre os sistemas e o seu ambiente.

Segundo Leonel Severo Rocha, a concepção sistêmica parte do “pressuposto de que a sociedade apresenta características de um sistema, permitindo a compreensão dos fenômenos sociais por meio dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade” (ROCHA, 2013, p. 330). Para Luhmann, a sociedade é definida como

[...] un tipo particular de sistema social. Es el sistema social que comprende internamente todas las comunicaciones. En consecuencia, no existe ninguna comunicación fuera de la sociedad. La sociedad marca los límites de la complejidad social, limitando las posibilidades que pueden ser acogidas y actualizadas en la comunicación. Toda diferenciación de los sistemas sociales particulares se desarrolla al interior de la sociedad (BARALDI; CORSI; ESPÓSITO, 1996, p. 154-155).

O sistema por sua vez relaciona-se intimamente com o ambiente, o qual tem no ser humano e nos seus processos comunicativos o próprio ambiente do sistema. Possui capacidade autônoma de existência, porém um não consegue sobreviver isolado do outro. Logo, o conceito de sistema remete fundamentalmente ao conceito de ambiente, pois nenhum sistema pode operar fora de suas fronteiras, sem distinguir o seu ambiente. (BARALDI; CORSI; ESPÓSITO, 1996).

Os sistemas podem ser descritos como construções reais, compostos de elementos que se relacionam, podendo haver complexidades ou não. A complexidade ¹ - que se configura na multiplicidade sucessiva de possibilidades do que pode ser alcançado - ao seu tempo, produz algumas contingências, que se caracterizam pelo “perigo de desapontamento e a necessidade de assumir riscos”. (LUHMANN, 1983, p. 46). Consequentemente, tratando-se de relações sociais, ocorre uma dupla contingência, ou seja, expectativas sobre expectativas. As possibilidades já não dependem somente de ‘mim’, não estão a minha disposição, e sim se submetem ao mundo e aos outros subsistemas a minha volta.

A sociedade como um amplo sistema social, incluindo o Direito como um subsistema parcial, apresenta-se “possível graças à comunicação”, que “depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas”. (ROCHA, 2013, p. 336). Para o autor, é o que torna possível a evolução social, nesse sentido:

¹ Quanto mais complexo é o próprio sistema, tanto mais complexo pode ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se coerentemente. A complexidade de um sistema é regulada, essencialmente, por meio de sua estrutura, ou seja, pela seleção prévia dos possíveis estados que o sistema pode assumir em relação ao seu ambiente. Por isso as questões estruturais, e entre elas as questões jurídicas, são a chave para as relações sistema/ambiente e para o grau de complexidade e seletividade alcançável nessas relações. (LUHMANN, 1983, p. 168).

Toda teoria dos sistemas se caracteriza por manter determinado tipo de relações com o ambiente. A teoria da diferenciação afirma que somente os sistemas são dotados de sentido, sendo que o ambiente é apenas uma complexidade bruta, que ao ser reduzida já faz parte do sistema. É o sistema a partir da dinâmica da diferenciação que constrói o sentido. Trata-se do princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais que também constitui-se como uma característica desenvolvida com o advento da sociedade moderna (ROCHA, 2013, p. 336).

A sociedade moderna não cessa de produzir indeterminações, e ao mesmo tempo, possui condições de controlá-las, gerando um paradoxo na comunicação. Para Luhmann, “a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade centrada na complexidade” (ROCHA, 2013, p. 336), ou seja, se “exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião, etc., os quais, por sua vez, se diferenciam criando outros subsistemas, e assim sucessivamente”. (ROCHA, 2013, p. 34).

Um sistema diferenciado, ou a diferenciação funcional² abordada por Luhmann, demonstra a sua disparidade por meio de seus códigos binários; no Direito, lícito/ilícito, na Economia, lucro/não lucro, na Arte, belo/feio, e assim por diante. De forma reflexiva, a “operação de diferenciação é possível graças ao desenvolvimento de seu próprio código binário”. (TONET, 2013, p.100). Dentre as características principais dos sistemas de Luhmann, destacam-se: a autorreferência, a operacionalidade fechada e a autopoiese. É autorreferenciado, no Direito, pelo fato de ser encíclico, com relações que se constituem no sistema jurídico de forma circular, tendo como vértice do ordenamento a norma superior - Constituição - e sucessivamente até sua base normas inferiores, leis complementares, ordinárias, delegadas, etc. Conforme Teubner, “o direito determina-se a ele mesmo por autorreferência, baseando-se na sua própria positividade”. (TEUBNER, 1989, p. 02).

Um sistema é operacionalmente fechado “para manter a sua unidade e cognitivamente aberto para poder observar a sua diferença constitutiva”, conseqüentemente, um sistema diferenciado deve ser ao mesmo tempo aberto e fechado. (ROCHA, 2013, p. 336-337). Independentemente da concepção adotada, seja em Maturana e Varela³, em Teubner⁴, ou em

²Diferenciação funcional, em sentido geral, significa “a diferenciação entre sistema e meio envolvente”, no qual a “conservação dos limites é a possibilidade da conservação dos sistemas”. (TONET, 2013, p. 100). Já a diferenciação interna de um sistema, é fruto da autopoiese do próprio sistema, ocorrendo assim não somente entre o sistema global e o seu ambiente, mas também entre sistema global e o seu ambiente interno, ocasionando a formação de sistemas dentro de sistemas (tradução nossa). (BARALDI; CORSI; ESPÓSITO, 1996, p. 56-58). Ainda, “Un sistema es (para un observador) una forma, por cuanto excluye algo como entorno. Se trata de una forma que se realiza forzosamente cuando unas operaciones siguen inmediatamente a otras y con ello definen, al mismo tiempo, qué otras serán susceptibles de enlazarse ulteriormente. Definida de esta manera, la diferenciación no es otra cosa que la formación de sistemas dentro de sistemas”. (LUHMANN, 1998, p. 171).

³Consultar: MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas e seres vivos: autopoiese: a organização do vivo*. 3.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

Capra ⁵, preferimos adotar os conceitos de Rocha e Neves acerca de autopoiese, segundo os quais

O sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do direito vão usar como critério para tomar decisões. Assim, a idéia de autopoiese surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado (ROCHA, 2013, p.36).

Segue Marcelo Neves:

O conceito de autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela. A palavra deriva etimologicamente do grego *autos* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização. Trata-se, portanto, de sistemas homeostáticos, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos. (NEVES, 2007, p.127).

Prossegue o autor, no sentido de que o direito na sociedade moderna é interpretado pela sua diferenciação, “como controle do código-diferenciação lícito/ilícito, através de um sistema funcional, especializado”. (NEVES, 2007, p. 135). De acordo com Luhmann, esse novo status da ciência jurídica permitiu que não apenas as camadas mais altas da sociedade se constituíssem, emergindo então o código-binário para romper com a estratificação, a verticalidade da ordem política. A grande diferença é que a “positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do [...] lícito/ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico”, adquirindo assim o seu fechamento operativo. (NEVES, 2007, p. 135).

Assim sendo, a positividade é descrita como a “autodeterminação ou fechamento operacional do direito” ⁶, de forma que a escolha “entre o lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente”. Entretanto, o sistema jurídico poderá ou não ser influenciado pelos fatores do ambiente, pois está sujeito a “processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico”. (NEVES, 2007, p. 135-137). São as imperfeições causadas pela heterorreferência que impossibilitam a concretização da autopoiese, é a ausência de autonomia sistêmica. (TONET, 2013). Dessa forma, para que a autopoiese se evidencie, além

⁴Consultar: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

⁵Consultar: CAPRA, Frijot. *Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos: a teia da vida*. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

⁶Consultar: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

da autorreferência, são necessários ainda dois momentos: a reflexividade e a reflexão, os quais se baseiam na diferença entre “sistema e ambiente”; sendo o anterior “a referência de um processo a si mesmo, ou melhor, a processos sistêmicos da mesma espécie”, e o subseqüente entendido como “auto-descrição”, ou “a exposição da unidade do sistema no sistema”. (NEVES, 2007, p. 131-132).

Em suma, a sociedade é concebida como um sistema social que é capaz de manter relações constantes em um ambiente altamente complexo e contingente, para isso, o sistema direito deve se organizar seletivamente, tornando-se preparado para reduzir a alta complexidade através de decisões. (LUHMANN, 1983). O direito nada mais é do que um sistema de comunicações jurídicas que se auto-regula, coexistindo com “vibrações” e “perturbações” inerentes ao seu funcionamento, e, “em consequência da sua interdependência funcional, possa “causar” noutro sistema, elas serão irrelevantes se não forem convertidas em respostas ou reacções autopoieticas”. (SANTOS, 2002, p. 159).

2A CONSTITUIÇÃO E O METACÓDIGO INCLUSÃO/EXCLUSÃO

Superado alguns conceitos sobre sistema, sociedade e direito, faz-se mister estabelecer a função e o conceito de Constituição no modelo sistêmico-autopoietico Luhmanniano. Marcelo Neves articula que “no Estado de Direito, a diferenciação de política e direito realiza-se mediante a Constituição” (NEVES, 2006, p. 95). Sua concepção de Constituição exclui qualquer entendimento decisionista, inexistente uma relação hierárquica impositiva do poder ao direito, é compreendida como “aquisição evolutiva da sociedade moderna”, “uma limitação jurídica ao governo”. (NEVES, 2006, p. 95-96). Luhmann vai elucidar, a partir desses parâmetros, a Constituição como “acoplamento estrutural entre política e direito”, nesse liame, aduz Neves:

[...] a Constituição em sentido moderno não se apresenta simplesmente como uma via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpretação permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. [...] O acoplamento estrutural importa que o sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades do seu ambiente. A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as. (NEVES, 2006, p. 97-98).

Acrescenta o autor, que a carta constitucional por possuir dois lados, “limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas”, pois inclui e exclui. Ao passo que exclui “certos ruídos intersistêmicos, inclui e fortifica outros”. Dessa forma, por meio do

acoplamento estrutural desempenhado pela Constituição, as intervenções da “política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa”, ocorre um “vínculo intersistêmico horizontal típico do Estado de Direito”. Destarte, a condição e o resultado da existência do acoplamento é a autonomia operacional dos sistemas político e jurídico. (NEVES, 2006, p. 98).

O que a Constituição faz é estabelecer a comunicação entre os dois sistemas, a chamada ‘interpenetração’. Cada sistema ao seu tempo utiliza das relações intersistêmicas através do mecanismo do acoplamento estrutural, e, sendo os sistemas autorreferenciais, ocorrem “relações recíprocas de dependência e independência”. (NEVES, 2006, p. 99). No entanto, com o propósito de colocar em funcionamento seus próprios elementos, cada sistema, faz uso das estruturas do outro sistema, e a Constituição por sua vez atua na tentativa da operacionalização de ambos sem confundir o limite entre eles.

A Constituição apresenta-se como estrutura normativa, possibilitando a autonomia operacional do direito, consoante Luhmann, “a Constituição é a forma com a qual o sistema jurídico reage à própria autonomia. A Constituição deve, com outras palavras, substituir apoios externos, tais como os que foram postulados pelo direito natural”, ou seja, delimita as margens entre o ambiente e o sistema interno, impedindo assim que critérios valorativos, morais ou políticos ingressem no subsistema do direito, ao abrigo de Luhmann “a Constituição fecha o sistema jurídico”, construindo “uma hierarquização interna na ordem jurídica mediante a validade supralegal do direito constitucional”. (NEVES, 2006, p. 99).

Desse modo, é considerável sublinhar que a modernidade experimentou, e experimenta forma diversa de estabelecer o arranjo entre direito e política daquela que era constatada nas sociedades anteriores. Este novo dinamismo que se estabeleceu nas relações entre os subsistemas direito e política, aufere maior importância na construção de uma esfera pública plural e crítica da tensão existente no acoplamento entre os sistemas. Nas palavras exatas de Neves (2006) a esfera pública pode ser compreendida “como campo de tensão entre mundo da vida e Constituição”, pois na

medida em que se constroem procedimentos constitucionais para viabilização, intermediação e absorção do dissenso, a esfera pública pluralista emerge do mundo da vida em forma de interesses, valores e discursos que pretendem, através desses procedimentos generalizar-se politicamente, isto é, como decisão coletivamente vinculante, e/ou juridicamente, a saber, como norma jurídica vigente. (NEVES, 2006, p. 131-132).

Todavia, nos “países periféricos” de “modernidade negativa”, a construção de uma sociedade plural de “consciência universalista” é dependente do “consenso sobre os

procedimentos”, que invariavelmente sofrem com a “sobreposição destrutiva” dos códigos do sistema econômico e com os “particularismos relacionais difusos”, ocasionando assim a exclusão de grande parte da população. (NEVES 2006, p. 237-245). Nesse sentido, a passagem para a sociedade diferenciada funcionalmente ocasionou uma falsa ideia de inclusão universal, haja vista a impossibilidade de inclusão do indivíduo em todos os subsistemas, pois não existe inclusão sem exclusão⁷.

De acordo com Luhmann, inclusão e exclusão, possuem o condão de estabelecer o modo e a maneira de indicar o contexto comunicacional no qual os seres humanos estão inseridos, argumentando que não há comunicação que não pertença à sociedade: “Inclusión (y análogamente exclusión) puede referirse solo al modo y manera de indicar em el contexto comunicativo a los seres humanos, o sea, de tenerlos por relevantes”. (LUHMANN, 1998, p. 172).

Ocorre que, tal posicionamento, juntamente com a ótica da exclusão sob a lente da diferenciação social, “implicam a inclusão generalizada da população nos diversos subsistemas da sociedade”, pressupostos teóricos de onde nasceram as críticas a sua proposta, ocasião na qual o autor reviu parcialmente seu posicionamento “com respeito à diferença inclusão/exclusão, afirmando que ela funciona como uma metadiferença ou metacódigo, que mediatiza os códigos de todos os sistemas funcionais”. Tornar-se-ia assim, uma espécie de mediador/interlocutor dos códigos binários presentes nos outros sistemas parciais. Marcelo Neves discorda de tal revisão, afirmando que, “impõe-se admitir – radicalizando a tese – que a sociedade mundial é diferenciada primariamente de acordo com essa metadiferença”. (NEVES, 2006, p. 251-252).

Para além das consequências apontadas pelas diferentes formas de diferenciação social⁸ é necessário que se reflita, ao menos no Brasil, acerca dos entraves que impedem a efetivação do Estado Democrático de Direito. Destacando-se “a generalização de relações de subintegração e sobreintegração”, definindo a “inclusão como acesso e dependência aos sistemas sociais”, evidenciando aqui a disfunção da “falta generalizada de inclusão no sistema

⁷Inclusión indica, entonces, la cara interna de una forma, cuya cara externa es la exclusión. Por consiguiente, sólo es pertinente hablar de inclusión si hay exclusión. De acuerdo con esta idea, puede decirse que la tarea de la teoría, con respecto a este tema, consiste en relacionar la diferencia inclusión/exclusión con las exigencias de la formación de sistemas, y muy especialmente con las consecuencias de determinadas formas de diferenciación, aparecidas en el curso de la evolución social. (LUHMANN, 1998, p. 171-172).

⁸Dependiendo de la forma de diferenciación que adopte una sociedad para estructurar su división primaria, resultan diferentes puntos partida para la inclusión y la exclusión. [...] En las *sociedades segmentarias* [...] En las *sociedades estratificadas* [...] En la *sociedad funcionalmente diferenciada* [...]; (LUHMANN, 1998, p. 172-176). Tais espécies de diferenciação serão devidamente abordadas na dissertação, por hora cabe apenas demonstrar a sua existência.

jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente”, traduzindo-se com isso, na ausência de “cidadania como mecanismo de integração jurídico-política igualitária da população na sociedade”. (NEVES, 2006, p. 248).

É aqui que reside a questão da exclusão, haja vista que para Neves, tanto o subintegrado quanto o sobreintegrado estariam de certa maneira excluídos, “este estaria “acima” do direito, aquele, “abaixo”. Aos subintegrados, ainda que lhes seja caro as prestações e os benefícios do ordenamento jurídico, estes “dependem de suas prescrições impositivas [...] não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal”, estando submetidos aos seus aparatos punitivos, pois são a camada da população tida como “marginalizada”, são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc”. Os sobreintegrados por sua vez, constituem-se em grupos privilegiados, “são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas”, todavia, “não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades” (NEVES, 2006, p. 248-250).

3 O PROVÁVEL BLOQUEIO AO ESTADO DE BEM ESTAR

Importa perceber, que o metacódigo Luhmanniano inclusão/exclusão, bem como a formulação de Marcelo Neves, subintegração e sobreintegração estão diretamente implicados numa relação de reciprocidade. São como gêmeos bivitelinos, cada qual com sua peculiaridade e transcendência. Por conseguinte, não é somente na seara criminológica que resultam consequências negativas a respeito do binômio. No tocante aos direitos humanos⁹, ou a afronta a estes, constata-se que, sob o enfoque Luhmanniano - traduzido aqui por Marcelo Neves - tais prerrogativas acabam

caracterizando a força simbólica dos direitos humanos como ambivalente: de um lado, serve à afirmação e realização generalizada de direitos relacionados com a inclusão jurídica em condições de dissenso estrutural; de outro lado, atua como forma de manipulação política, seja para encobrir situações de carência de direitos, seja, mais bruscamente, para dar ensejo à opressão política, implicando, nesse caso, ofensas escandalosas aos próprios direitos humanos de amplas parcelas da população civil inocente. (NEVES, 2005, p. 03).

Nesse sentido, a exclusão se confronta diretamente com a concepção de universalidade dos direitos humanos e por decorrência de cidadania (este estudo não abordará de forma direta

⁹Podem-se definir os direitos humanos, nessa perspectiva, como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social (autônomo). (NEVES, 2005, p. 08).

os efeitos no tocante a cidadania), visto que a exclusão é a negação da cidadania, e mais do que isso, impossibilita que o Estado perfectibilize o seu programa inclusivo, eis que torna obrigatória a necessidade de respostas ao obstáculo da exclusão, resultando na emergência de normas que acabam por evidenciar o simbolismo¹⁰ normativo positivado no ordenamento jurídico.

O simbolismo constitucional pode ser considerado um bloqueio que obstaculiza a ascensão do Estado de bem-estar e do seu projeto de inclusão. Parte-se dos direitos fundamentais e sua relação com o fenômeno da exclusão ocorrida na modernidade periférica. Pretende-se demonstrar sucintamente as interpenetrações existentes entre tais fenômenos e a presumível co-relação com a fratura constitucional existente.

Os Direitos Humanos, no âmbito do Estado nacional, são compreendidos como Direitos Fundamentais¹¹, haja vista possuírem os mesmos antecedentes históricos que apontam para períodos de intensa luta pelo seu reconhecimento e positivação, fato consolidado no cenário mundial através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. No Brasil, “diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias”. (MIRANDA, 1997, p. 230), pois os Direitos Fundamentais nada mais são que “a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo”. (CANOTILHO, 2002, p. 380).

Neves (2007) assevera que a institucionalização dos Direitos Fundamentais propicia o reconhecimento da supercomplexidade social na qual a matriz constitucional está inserida, conferindo a Constituição moderna o status de subsistema do direito positivo, respondendo “as exigências do seu ambiente por livre desenvolvimento da comunicação conforme diversos códigos diferenciados”. (NEVES, 2007, p. 75). O entendimento do Estado de bem-estar está ligado ao desempenho distributivo e compensatório e a sua dependência dos “direitos fundamentais sociais”. Prossegue o autor, no sentido de que Luhmann, com base no princípio sociológico da inclusão define o Estado de bem-estar como “a inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade”, de um lado o acesso e de outro a “dependência da conduta individual a tais prestações”, dado que conforme vão se concretizando os processos inclusivos submergem os grupos que atuam de maneira

¹⁰O símbolo pode adquirir um caráter positivo de idealidade, mas pode, também, assumir contornos de um mecanismo de ocultação, de invisibilização, daquilo que a sociedade recusa-se a observar em si mesma, num sentido bastante negativo. (MAGALHÃES, 2010, p. 47).

¹¹Aqui diferencio os direitos fundamentais, incorporados juridicamente à Constituição, da semântica político-social dos “direitos humanos” - também própria da sociedade moderna -, que aponta para exigência de construção, ampliação e efetivação dos “direitos fundamentais”. (NEVES, 2007, p. 160). Ou seja, a expressão direitos fundamentais refere-se a direitos amparados constitucionalmente.

marginalizada. (NEVES, 2007, p. 76). De maneira diversa, a exclusão é determinada pela manutenção da marginalidade na sociedade contemporânea, assinalando que “amplos setores da população dependem das prestações dos diversos sistemas funcionais, mas não têm acesso a elas”. (NEVES, 2007, p. 76).

Observa-se aqui, no tocante a efetivação e ao acesso aos direitos fundamentais - independentemente de sua dimensão - novamente a díade inclusão/exclusão, sob a qual estão presentes elementos caracterizadores do Estado de bem-estar nos países periféricos. Neste modelo de direito, destaca-se a inaptidão do sistema jurídico em replicar as demandas do seu ambiente, no qual a “insuficiente concretização normativa do texto constitucional” (NEVES, 2007, p. 160) impede a efetivação dos direitos fundamentais que por sua vez consistem em “privilégios de minorias”, pois a declaração de inclusão proclamada na Constituição pelo estado de bem-estar “é relevante apenas no discurso da realização das normas programáticas em um futuro remoto”. (NEVES, 2007, p. 161).

Afirma o autor, que as normas programáticas não atendem as disposições constantes nas ligações de poder que sustentam a realidade constitucional, de modo que a sua deformação ou escassez são resultantes da conduta omissiva e da ação contrária dos agentes estatais. Contudo, é por intermédio das normas programáticas de fins sociais que o cunho “hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional apresenta-se de forma mais marcante”. (NEVES, 2007, p. 115). Refere ainda, que a constitucionalização simbólica foi restaurada e corroborada com a carta de 1988, assinalando antecipadamente barreiras à concretização das prerrogativas constituídas, já que

a prática política e o contexto social favorecem uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. [...] Por tudo isso, o texto constitucional não se concretiza como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e, portanto, não funciona como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado. (NEVES, 2007, p. 184-185).

Por conseguinte, a insuficiente efetivação normativo-jurídica por parte da redação constitucional está relacionada à sua função simbólica. A realidade social do país faz com que o modelo constitucional seja citado pelos governantes como um alibi, substituindo o cumprimento da Constituição para um futuro hipotético e distante. A causa é deslocada para a sociedade subdesenvolvida e desordenada, mitigando a responsabilidade do governo e do Estado. (NEVES, 2007). Devido ao alto grau de programaticidade de suas normas, a legitimidade da Constituição acaba sendo comprometida, associando-a as promessas futuras de justiça social. O que ocorre é um desalinhamento entre a categoria dogmática de suas

normas com o conceito de constitucionalização simbólica, o qual é “indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional”. (NEVES, 2007, p. 186).

Partindo-se da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (2009), na qual o acoplamento entre sistema político e jurídico ocorre através da Constituição, e conseqüentemente da produção legislativa, é possível definir a legislação simbólica como a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo jurídico”. (NEVES, 2007, p. 30). Na visão do autor, a caracterização da legislação simbólica “deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficadamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico”. (NEVES, 2007, p. 30-31).

4 A CONSEQUENTE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

Segundo Hommerding (2012), “las leyes simbólicas, así, suelen ser usadas para “sobornar” a los ciudadanos con la promesa o pura insinuación de que em el futuro el problema quedara resuelto”, o que denota o risco de manipulação apresentado pela legislação simbólica. (HOMMERDING, 2012, p. 157). Logo, a legislação simbólica possui um significado que encobre e manipula. Quem a elabora produz uma realidade fictícia e uma falsa consciência sobre a idoneidade dos meios jurídicos para salvaguardar a segurança dos cidadãos, “pero tambien son víctimas de um autoengaño, porque los políticos y los legisladores que crean nese tipo de legislación, acaban por creerse la virtualidad de unas respuestas normativas que son puramente simbólicas. (PÉREZ LUÑO *apud* HOMMERDING, 2102, p. 157).

Os atos de produção legiferante em conjunto com os textos normativos resultantes produzem efeitos essencialmente políticos e não propriamente jurídicos, pois em razão da supremacia político-ideológica, ocorre uma deficiência de estrutura normativa. Marcelo Neves (2007) aduz que determinada atividade legislativa com função fundamentalmente simbólica pode resultar numa lei que futuramente venha a adquirir uma acentuada força normativa. O oposto também pode ser verificado, haja vista que com o transcurso do tempo, leis resultantes de atos de legislação instrumental podem adquirir caráter predominantemente simbólico.

De acordo com Neves, Kindermann¹² (1989) apresenta três proposições para as diferentes categorias da legislação simbólica, as quais o autor pernambucano interpreta da seguinte forma: a) com a finalidade de confirmar valores sociais; b) no intuito de demonstrar a capacidade de ação do estado; c) como forma de adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios. A primeira proposição diz respeito à confirmação de valores sociais, o que de certa maneira denota a superioridade de certo grupo social envolvido em debates pela hegemonia de suas ideias, obtendo assim uma espécie de vitória legislativa, “satisfazendo-se as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo”. (NEVES, 2007, p. 33).

A legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Constituiria um caso de política simbólica por ‘gestos de diferenciação’, os quais ‘apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade’. (NEVES, 2007, p. 33).

A demonstração de poder político por parte do estado sempre ocorreu, continua existindo e continuará em vigor. A expressão maior de soberania do estado ocorre através da produção de confiança nos sistemas político e jurídico, é uma forma de fazer com que os indivíduos sintam-se seguros, uma maneira de corresponder aos anseios do povo. No entanto, muitas vezes, a conjuntura política não propicia esta efetivação normativa, pois “através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos”, é o que o autor chama de “legislação álibi”. (NEVES, 2007, p. 36-37).

O descontentamento popular diante de determinados episódios ou através de problemas emergenciais, também são formas do Estado manifestar por intermédio legislativo “uma reação solucionadora imediata”. Apesar de ser duvidosa a solução instantânea das respectivas imperfeições apenas por meio de regulamentação legislativa, o que o sistema político almeja realmente é repassar o problema para a população através de uma legislação álibi, a qual “serve como mecanismo de exposição simbólica das instituições”. (NEVES, 2007, p. 37-38).

A legislação álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os

¹²Consultar: KINDERMAN, Harald. “Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung” In: VOIGT, Rudiger (Org.). 1989.

problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. (NEVES, 2007, p. 39).

Essa concepção do problema submete a simples convicção de que a instrumentalidade atribuída aos efeitos das leis teria o condão de solucionar os problemas da sociedade. Todavia, é axiomático que a lei não é mecanismo capaz de modificar a realidade de forma direta, pois dentro de um contexto sistêmico, as variações normativo-jurídicas confrontam-se com variações orientadas por outros códigos que não o lícito/ilícito, tornando “a resolução dos problemas da sociedade dependente da interferência de variáveis não normativo-jurídicas”. A imagem de um estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade é criada pela edição de legislações álibis, constituindo uma espécie de “manipulação ou ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica”. Porém, a legislação álibi também pode acarretar num “sentimento de bem estar” e levar a resolução da tensão, o autor adverte ainda, que o seu uso excessivo pode induzir ao seu constante fracasso e provocar a descrença do sistema jurídico, transformando o direito num sistema desacreditado, os políticos em cínicos e o povo em coadjuvante. (NEVES, 2007, p. 39-41).

Há também, entre as espécies de lei simbólica, a legislação como expressão de compromisso dilatório, que serve apenas para prolongar a solução de divergências sociais através de demorados ajustes. Tais ajustes, ou nos dizeres do autor -compromissos -, são manejados consensualmente entre grupos políticos opositores através de atos legislativos que sabidamente estão eivados de ineficácia. “O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado”. (NEVES, 2007, p. 41).

Consoante o tipo de legislação simbólica, diversos podem ser os efeitos por ela causados. Quando a legislação é destinada à confirmação de valores sociais, podem-se perceber três efeitos socialmente relevantes: a) servir de convencimento para pessoas e grupos da consistência do comportamento e norma valorados positivamente, confortando e amenizando os respectivos interesses e sentimentos devidamente incorporados e albergados à legislação; b) assegurar que as instituições sustentem normas morais afirmadas publicamente pelo legislador, mesmo carecendo de força normativo-jurídica e de eficácia, atribuindo-se condutas lícitas em detrimento de condutas ilícitas (NEVES, 2007, p. 54); c) assinalar, institucionalmente, “quais as culturas têm legitimação e dominação pública (dignas de respeito público) das que são consideradas “desviantes” (“degradadas publicamente”), sendo,

portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos”. (GUSFIELD apud NEVES, 2007, p. 54).

A legislação como expressão da envergadura de atuação Estatal (legislação-álibi), manifesta-se como instrumento titular de vastos efeitos político-ideológicos. Seus efeitos são o de aliviar “o sistema político de pressões sociais concretas”; o de converter-se em “respaldo eleitoral para os respectivos político-legisladores” e de auxiliar “à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública”. (NEVES, 2007, p. 54).

O último dos efeitos, o da legislação como expressão de compromisso dilatatório, é o de protelar embates políticos sem “resolver realmente os problemas sociais subjacentes”. A ilusória concordância dos grupos envolvidos sugere à manutenção da situação vigente, sendo que para a sociedade ocorre uma “representação” coerente das facções políticas contrárias. (NEVES, 2007, p. 54). De modo geral, classificam-se os efeitos das normas simbólicas da seguinte forma:

a) sobre os cidadãos: a aparente normatização leva ao povo uma sensação de tranquilidade em decorrência da pronta ação do Estado na solução de crises. Porém, sua ineficácia pode levar à descrença do parlamento. b) sobre o sistema político: a norma alivia o parlamento das pressões sociais; c) sobre o ordenamento jurídico: pouco representam normativamente, no entanto provocam o seu inflacionamento; d) sobre os trabalhos da Casa: causam o saturamento dos órgãos legislativos com proposições que pouco representam socialmente. (SILVA, 2007, p. 21).

Ademais, encontram-se também outras características das proposições simbólicas, vejamos: a) quanto à relevância, possui maior importância política que jurídica; b) no tocante à eficácia, segundo Neves (2007), é ineficaz ou sem eficácia prática por falta de vigência social; c) no que diz respeito ao impacto social e territorial, em geral, principalmente quando honorífica, atinge indivíduos ou grupos específicos (sociais ou profissionais) de determinadas regiões ou localidades; d) quanto ao seu efeito, geralmente é neutro, ou seja, não traz ônus ou bônus social; e) com relação ao tema, frequentemente honorífico, e f) atinente ao objetivo e conteúdo, como já demonstrado acima, seu objetivo é político e seu conteúdo voltado para confirmação de valores sociais, demonstrando a capacidade de ação do Estado, ou adiando a solução de conflitos. (SILVA, 2007, p. 21).

Desse modo, as implicações oriundas da legislação simbólica em nada aplacam as sucessivas relações difusas existentes em um ambiente complexo e contingente, haja vista que o sistema direito somente será capaz de reduzir a alta complexidade por meio de decisões jurídicas auto-reguláveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa realizada, verifica-se que o momento atual ao qual esta submetida a sociedade pode ser distinguido sob a perspectiva sistêmica, na qual o Estado de bem-estar configura-se como um projeto de realização social. Todavia, ocorre uma significativa dificuldade de alcance por parte dos indivíduos aos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Isso acontece, em grande parte, devido ao fenômeno diferenciador que se caracteriza pelo dueto inclusão/exclusão, o qual funciona como uma espécie de perturbação ao sistema direito e conseqüentemente ao sub-sistema constituição. São imperfeições causadas pela heterorreferência que impedem a efetivação da autopoiese proposta pelo autor alemão.

Assim, devido a realidade social do país, o modelo constitucional é citado como um alibi, que devido a insuficiente concretude normativo-jurídica por parte da redação constitucional acaba relacionado à sua função simbólica, substituindo o cumprimento da Constituição para um futuro hipotético e distante, conectado a promessas futuras de justiça social. Logo, em função dos efeitos advindos da legislação simbólica - procrastinatórios e com desvio de função - a origem do sintoma acaba perdendo o foco e deslocado para a sociedade, diluindo então a responsabilidade do estado para com os indivíduos excluídos do sistema. Portanto, a saída não está na inflação legislativa, mas sim numa reformulação dos investimentos nos setores básicos de nossa sociedade, em especial na educação.

REFERÊNCIAS

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPÓSITO, Elena. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana - ITESO/Anthropos, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Livraria Almedina, 2002.

GUSFIELD, Joseph. Moral passage: the symbolic process in public designations of deviance. *Social Problems*, [S.l.], v. 15, n. 2, 1967.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.

_____. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Traducción Josexo Beriani y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. *Revista da Faculdade Direito - UFPR*, Curitiba, n. 52, p. 31-48, 2010. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/30694/19812>>. Acesso em: 06 maio 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra Editora, 1997. t. 1.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./dez, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 08 abr. 2015.

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

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. 2.ed., rev. e ampl. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2013.

_____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Ziziane César de França e. *O impacto das leis simbólicas propostas e aprovadas na câmara dos deputados: produção ou inflação legislativa?* 2007. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização (Especialista em Processo Legislativo) - Cefor, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2007.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos e multiculturais na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.