

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

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

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

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

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. Teoria constitucional. 3. Constituição. 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
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

APLICAÇÃO CONTEMPORÂNEA DA TEORIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA À CONSTITUIÇÃO DE 1988

CONTEMPORARY APPLICATION OF THE THEORY OF THE SYMBOLIC CONSTITUTIONALISATION TO THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Mariana Musse Pereira
Lilian Márcia Balmant Emerique

Resumo

A dificuldade de concretização da Constituição de 1988 é um tema inquietante, principalmente quando se leva em consideração a acentuada desigualdade enfrentada pela sociedade brasileira. No Brasil há uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. Na tentativa de buscar um novo olhar sobre o antigo problema, o presente trabalho se propõe a analisar a viabilidade da teoria da constitucionalização simbólica, formulada por Marcelo Neves, para explicar o momento atual vivido pela sociedade brasileira. A partir de uma releitura da teoria sistêmica de Luhmann, Marcelo Neves propõe um novo modelo, adaptado às especificidades de países periféricos, no qual o Brasil desponta como exemplo claro. Na visão do mencionado estudioso, em países pertencentes à modernidade periférica há um bloqueio permanente e estrutural da concretização dos programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos, daí porque textos constitucionais incluídos contrapõem-se a uma realidade excludente. Como decorrência dessa situação, não seria possível sustentar a existência da autonomia do sistema jurídico, daí porque Neves vai concluir ser o Direito um sistema alopoiético, marcado pela sobreposição de outros sistemas, em especial da política. Um indício dessa situação seria verificado através da análise de três princípios constitucionais basilares: a regulação jurídica constitucional do procedimento eleitoral, a separação dos poderes e o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim, no presente trabalho procura-se tecer uma visão geral sobre o atual estágio de desenvolvimento destes pilares constitucionais, para ao final verificar a adequação da teoria da constitucionalização simbólica para explicar a sociedade brasileira contemporânea.

Palavras-chave: Constituição, Constituição simbólica, Concretização

Abstract/Resumen/Résumé

The difficulty of implementation of the 1988 Constitution is a worrying issue, especially when taking into account the sharp inequality faced by Brazilian society. In Brazil there is a narrow and exclusionary realization of constitutional provisions. In an attempt to get a new look at the old problem, this paper aims to analyze the feasibility of the theory of symbolic constitutionalization, formulated by Marcelo Neves, to explain the current moment experienced by the Brazilian society. From a rereading of the systems theory of Luhmann,

Marcelo Neves proposes a new model, adapted to the specificities of peripheral countries, in which Brazil stands out as clear example. In the scholar mentioned vision, countries belonging to the peripheral modernity there is a permanent and structural blockage of achieving the legal-constitutional programs for injunction other systemic code, hence why inclusive constitutions opposed to an exclusive reality. As a result of this situation, it would not be possible to sustain the existence of the autonomy of the legal system, hence why Neves will be complete the right one allopoietic system, marked by interference from other systems, especially politics. One indication of this situation would be checked by analysis of three fundamental constitutional principles: the constitutional legal regulation of the electoral procedure, the separation of powers and respect for fundamental rights and guarantees. In the present study aimed to weave an overview of the current stage of development of these constitutional pillars, to the end check the adequacy of the theory of symbolic constitutionalization to explain the contemporary Brazilian society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Symbolic constitutionalization, Achievement

1 Introdução

A teoria da constitucionalização simbólica foi desenvolvida na década de 90 como um esforço de adaptação da teoria sistêmica de Luhmann à realidade dos países inseridos na modernidade periférica. Isso, por si só, é de acentuada relevância haja vista a tendência no meio jurídico brasileiro em importar conceitos de teorias estrangeiras sem atentar para a coerência entre estas e as especificidades do ordenamento pátrio¹.

No contexto atual, no qual há um grande debate sobre a crise das instituições democráticas brasileiras e acentuado descontentamento com a parca concretização do texto constitucional, é interessante revisitar esta teoria com o intuito de verificar se muitos dos problemas vivenciados na atualidade podem ser atribuídos ao caráter predominantemente simbólico da Constituição de 1988, marcado pela sobreposição do sistema político sobre o jurídico em decorrência da falta de autonomia dos sistemas sociais.

Assim, a ideia do presente artigo é fazer uma análise da teoria da constitucionalização simbólica, verificando seus pontos positivos e negativos com o objetivo de apurar se a sua visão explicativa da sociedade brasileira, em especial do sistema jurídico, mostra-se eficaz para o entendimento da complexidade desta sociedade na atualidade.

Estudar a teoria da constitucionalização simbólica implica em trazer o foco de análise e de crítica da construção teórica para dentro das narrativas na doutrina brasileira, buscando, aqui mesmo e pelos esforços de autores nacionais, situar o debate em torno do constitucionalismo.

Objetivando tal fim, inicialmente serão expostos, sem pretensão de esgotar o tema, os principais pontos da teoria desenvolvida por Marcelo Neves para, a seguir, fazer um cotejo entre a leitura que este estudioso fez do Brasil e a situação atual vivida pelo ordenamento brasileiro.

¹ É importante evitar a apropriação de ideias estrangeiras de forma acrítica e sem atentar para as peculiaridades da sociedade brasileira. Neste sentido Roberto Schwarz (2005, p. 29) destaca como constitutivo do "caráter nacional" brasileiro a adoção de "ideias fora do lugar" - "fora de centro, em relação ao seu uso europeu": "[...] ao longo de sua reprodução social, incansavelmente o Brasil põe e repõe ideias européias, sempre em sentido impróprio que submetidas à influência do lugar, sem perderem as pretensões de origem, gravitavam segundo uma regra nova, cujas graças, desgraças, ambiguidades e ilusões eram também singulares. Conhecer o Brasil era saber destes deslocamentos, vividos e praticados por todos como uma espécie de fatalidade, para os quais, entretanto, não havia nome, pois a utilização imprópria dos nomes era a sua natureza."

2 A constitucionalização simbólica

A teoria dos sistemas situa-se como uma fonte significativa para a teoria da constitucionalização simbólica, daí a necessidade de entender algumas de suas ferramentas conceituais. Esta surge como uma tentativa de Luhmann de romper com as teorias clássicas, fornecendo um amplo arcabouço conceitual mais eficaz para o entendimento das características da sociedade moderna, caracterizada pelo seu alto grau de complexidade.

Assim, com pretensão de criar um modelo explicativo mais abrangente, adequado às exigências da modernidade, Luhmann vai buscar desenvolver uma teoria que esteja apta a lidar com a noção de complexidade e contingência. Essas categorias são explicadas por Luhmann (1983, p. 46) nos seguintes termos: “complexidade significa seleção forçada e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”.

Com relação às sociedades modernas, percebe-se a configuração de uma supercomplexidade (número de possibilidades é acentuadamente maior que o número de escolhas), marcada por uma supercontingência (as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas).

Objetivando lidar com estas questões Luhmann propõem a superação do estudo da sociedade como um todo único, sustentando que melhor seria entendê-la como a composição de sistemas parciais, tais como o direito, a economia, a política. Cada subsistema caracteriza-se por ser diferenciado, na medida em que cada um desenvolve uma função específica e por ser autônomo, na medida em que não se estabelece uma hierarquia entre eles.

Diante disso, cada subsistema funcional somente pode observar a sociedade a partir de sua função, o que obsta qualquer possibilidade de um subsistema específico postular prerrogativas de qualquer ordem sobre os demais. Logo, não se pode falar de hierarquia entre os subsistemas. Por essa razão, a sociedade moderna passa ser descrita como funcionalmente fragmentada, acêntrica, na medida em que admite inúmeras codificações com validade simultânea.

Prosseguindo em sua análise, Luhmann vai pontuar que um dos grandes problemas da modernidade pode ser apurado a partir desta divisão da sociedade em subsistemas parciais, qual seja: a questão de como cada sistema parcial interage entre si sem perder suas características principais.

No que tange ao Direito, a tese central de Luhmann é a de que o sistema jurídico caracteriza-se, na sociedade moderna, como um sistema autônomo. Isso quer dizer que o próprio Direito determina quais são as suas fronteiras; determina, portanto, o que pertence ao

Direito e o que não pertence. Essa autonomia foi chamada por Luhmann de *autopoiese*², termo que vem do grego e significa literalmente auto-produção.

Como adverte Villas Bôas Filho (2009, p.139), a caracterização do Direito como um sistema autopoietico, integrante de uma sociedade moderna marcada pela diferenciação funcional, implica em reconhecer que tal sistema é sempre auto-referencial no sentido de que “produzem e reproduzem não apenas suas estruturas, mas seus próprios elementos constituintes a partir de seus próprios elementos e estruturas e mediante operações recursivamente fechadas”.

Na configuração da autopoiese de um sistema é necessária, além da clausura operacional³, a existência de mais dois elementos: (a) o sistema deve desempenhar função e prestação específicas e (b) o sistema deve possuir uma codificação própria. A atuação destes elementos conjuntamente vai permitir a um sistema reproduzir suas operações recorrendo a estas mesmas operações, de uma forma reflexiva.

Contudo, na visão de Marcelo Neves a teoria dos sistemas de Luhmann tal qual ela fora inicialmente formulada não pode ser transposta aos países periféricos, posto que, nestes países não ocorreu uma efetivação adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características dos países considerados centrais.

Neves (2011, p.1) na introdução de sua obra sobre a constitucionalização simbólica delimita seu estudo ao explicar:

No presente trabalho, pretende-se abordar o significado social e político dos textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distinção entre texto e norma

² O conceito de autopoiese ingressou na teoria de Luhmann a partir de 1982. Para tanto, baseou-se no trabalho dos biólogos chilenos Maturana e Varela, que foram os primeiros a desenvolver a ideia de que os sistemas biológicos são unidades que repetidamente reproduzem seus elementos a partir de seus próprios elementos e assim se tornam independentes de seu ambiente. Luhmann, partindo dessas ideias criou a noção da autopoiese social, identificando a comunicação como elemento básico dos sistemas sociais e definindo os sistemas sociais não como grupo de pessoas, mas como sistema de significados. (KING, 2009, p. 78)

³ Nesse ponto, cabe destacar a importância da Teoria Social ter afastado o entendimento da sociedade como um conjunto de homens concretos, pois do contrário seria impossível compreender o conceito de fechamento operacional. Segundo pontua Campilongo (2009, p. 68): “O modelo de Luhmann pressupõe uma grande ruptura com a tradição humanista e com boa parte da sociologia que considera o homem, enquanto unidade de sistema psíquico e orgânico, o elemento essencial da sociedade. Luhmann coloca o homem como ambiente da sociedade. [...] Esse é um ponto fundamental para a compreensão do modelo de Luhmann.[...] Primeiro, diga-se que a diferença sistema/ambiente atribui ao ambiente uma importância tão grande quanto aquela do sistema. Além disso, dizer que os homens são ambiente do sistema social não significa afirmar que o sistema possa manobrar ou conduzir os homens ao seu bel-prazer. Por fim, Luhmann considera o ambiente sempre mais complexo e rico de possibilidades do que o sistema, isto é, o sistema não pode determinar o ambiente (do mesmo modo que a sociedade também é mais complexa do que os sistemas psíquicos e nunca é inteiramente determinada ou compreendida pelos indivíduos).”

constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica.

O primeiro ponto importante para o entendimento da teoria da constitucionalização simbólica reside na conceituação que Marcelo Neves formula sobre o papel que a Constituição desempenha no ordenamento jurídico.

Neste sentido, o conceito da teoria sistêmica é adotado e complementado por uma visão operativa (Constituição como subsistema do sistema jurídico) e por uma abordagem da relação entre texto e realidade constitucionais.

Adotando as premissas do modelo sistêmico, Neves considera a constitucionalização como resultado do processo de diferenciação da esfera jurídica da política.⁴ A Constituição vai exercer o seu papel de acoplamento estrutural, mediando a comunicação entre estes dois sistemas. Isto porque:

Os dois sistemas autônomos – jurídico e político – não bastam para a regulação estatal. Em um sentido estritamente moderno, a Constituição é o texto que garante direitos fundamentais e racionaliza/limita o poder político, e observando-a como um subsistema jurídico como abertura ao sistema político como forma de mediar suas ingerências, tem-se um sistema vivo em que a dinâmica e a complexidade social são levadas ao sistema jurídico. (ALENCAR NETO, 2008, p.176)

Dessa maneira, a Constituição ao promover a ligação entre o sistema jurídico e político vai funcionar como fator de exclusão e inclusão, “possibilitando a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as”. Promove, por assim dizer, “uma solução jurídica à auto-referência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à auto-referência do sistema jurídico”. (LIMA, 2008, p.18)

Contudo, a despeito desta função dúplice, é necessário afastar o entendimento acerca da existência de confusão entre os mecanismos operacionais da Política e do Direito, através de um regulamento unitário de ambos. Isto porque é “precisamente a separação e a

⁴ De uma maneira simplificada é possível afirmar que os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados do meio e dos diversos sistemas parciais (sistemas econômico, jurídico e político). Essa diferenciação não surge de uma forma pronta e acabada, pois se elabora através de operações. “Trata-se de uma diferença que se constrói constantemente numa dinâmica que exige a autoreprodução de cada sistema, a partir de seus próprios elementos, diferenciando-se dos outros sistemas e se diferenciando dos ambientes, num processo constante.” (ROCHA, 2009, p. 20). Cada sistema possui seu código (esquema binário que caracteriza a comunicação do sistema), suas operações específicas de reprodução, ou seja, sua clausura operativa (ou fechamento operativo), e sua abertura ao ambiente. Essa abertura ao ambiente, contudo, não ocorre de forma desregrada e determinante. O ambiente “irrita” o sistema e este, por sua vez, fazendo uso de suas estruturas internas vai selecionar o que vai ser absorvido. Essa forma específica de conexão com o ambiente recebe a denominação de acoplamento estrutural. Sobre essa questão Campilongo (2011, p. 96/97) esclarece: “Internamente aos sistemas parciais, o acoplamento admite ‘irritações’ (reação interior das estruturas do sistema a partir de seu modo particular de observar o ambiente). Desde a perspectiva externa, o sistema mantém-se indiferente ao ambiente. [...] Porém o sistema parcial percebe, reage e processa esses estímulos em conformidade com seu código e seus programas de operação, ou seja, em condições de fechamento operacional.”

impermeabilidade entre os sistemas político e jurídico que, garantindo um maior potencial de mútua reatividade entre estes, determina o sentido moderno das Constituições”. (GOMES, 2008, p.85)

Sob o ponto de vista operacional a Constituição é entendida como um subsistema do sistema jurídico. A partir deste ponto de vista a norma constitucional não manifesta um dever-ser ideal, mas sim uma expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada⁵. Entender os dispositivos constitucionais sob este prisma implica em observar que a vigência das normas constitucionais não decorre tão somente do procedimento constituinte e da reforma constitucional como processos de filtragem especificamente orientados para tal fim, mas também da “concretização constitucional como pluralidade de processos de filtragem”. (NEVES, 2011, p. 68)

A partir da compreensão adotada por Neves na conceituação do processo de constitucionalização e do seu entendimento acerca do papel desempenhado pela Constituição, é possível verificar que para a caracterização da constitucionalização simbólica faz-se necessária a presença de dois elementos, quais sejam: a insuficiente concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional (sentido negativo) e a função político-ideológica da atividade constituinte e do texto constitucional (sentido positivo).

O sentido negativo da constitucionalização simbólica pode ser delimitado tomando como base as observações tecidas sobre a relação entre o texto constitucional e a realidade. Sob esta perspectiva, observa-se que a constitucionalização simbólica estará configurada nos ordenamentos nos quais “o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada” (NEVES, 2011, p.91).

Cumprido esclarecer que não se trata de um problema que possa ser atribuído a ineficácia constitucional. A constitucionalização simbólica atinge o plano de vigência social⁶ das normas constitucionais, que deixam de exercer a sua função de congruente generalização de expectativas normativas.

⁵ A teoria sistêmica se distancia do entendimento normativo proposto por Kelsen. Assim, “se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante para o sistema do Direito – não mais normativo – passa a ser a efetividade. É preciso eficácia naquilo que o Direito determina como comportamento obrigatório, como possibilidade de construção de algum tipo de realidade social”. (ROCHA, 2009, p. 32)

⁶ Ao longo do seu estudo, Neves vai distinguir eficácia, efetividade e vigência social da norma. A eficácia de uma determinada norma pode ser avaliada sob a ótica jurídica ou no sentido social. A primeira é entendida como a aptidão da para produção de efeitos com a irradiação das consequências que lhes são próprias no mundo concreto. Já a eficácia social consiste na sua observância pela sociedade. A efetividade, por sua vez, está relacionada com a finalidade da lei. Nas situações nas quais a ineficácia e a inefetividade “atingem um grau muito elevado, implicando que as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais, de uma forma generalizada, não se orientem pelos dispositivos legais, encontramos-nos diante de falta de vigência social da lei ou carência de normatividade do texto legal” (NEVES, 2011, p. 48).

Assim, a configuração da constitucionalização simbólica em um determinado sistema acarreta o “bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídicos-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos”. A interferência de outros sistemas, tais como a política e a economia sobre o direito vai afetar não apenas a constitucionalidade do direito, mas a “juricidade da Constituição.” (NEVES, 2011, p. 93).

Trata-se de um constitucionalismo aparente, no qual o texto constitucional “não funciona como eixo normatizador básico de condutas, não servindo para gerar convergência homogeneizada das expectativas normativas (que são múltiplas, considerando-se a complexidade das sociedades contemporâneas)”. (RODRIGUES, 2011, p.151)

O problema da constitucionalização simbólica não se configura quando há dificuldade de concretização de alguns dispositivos do texto constitucional. Esta distorção sistêmica é caracterizada quando há um comprometimento do sistema constitucional em sua base estruturante. Explicando melhor a questão, Marcelo Neves (1996, p. 327) esclarece que “isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a ‘separação’ de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativas da população”.

O sentido positivo está atrelado ao sentido negativo, pois na medida em que determinada Constituição se submete ao processo de constitucionalização simbólica, ela fracassa no seu papel de regulação de condutas e orientações de expectativas normativas e, como consequência, acaba por desempenhar relevante função ideológica.

Dessa maneira, transmite-se um modelo cuja realização demandaria condições sociais completamente diversas das efetivamente existentes. Essa distorção da realidade tem como escopo, na visão de Neves, proteger o sistema político contra questionamentos e levantes populares.

Trata-se, pois, de um Constitucionalismo aparente, que, por meio de uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, não apenas serve para manter inalterados os problemas que deveriam ser normatizados pelas disposições constitucionais, como também imuniza o sistema político contra outras alternativas, obstruindo o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional. (COELHO, FULGÊNCIO, 2012, p.10)

A utilização da Constituição como álibi, na maioria das vezes, implica na inserção no texto constitucional de grande número de dispositivos que já nascem condenados a ineficácia, seja pela ausência de condições materiais para sua realização, seja por obstáculos opostos por injunções políticas e/ou de segmentos econômica ou politicamente influentes.

Prosseguindo com sua análise, Marcelo Neves destaca que nas sociedades marcadas pela constitucionalização simbólica⁷, a fragilização do código jurídico diferenciador (lícito/ilícito) vai se configurar no plano da emissão da Constituição. Nestes contextos, o texto constitucional apesar de proclamar a autonomia operacional do Direito, não se concretiza na realidade.

A falta de efetividade da Constituição quando decorre da interferência de códigos de outros sistemas distintos do jurídico pode acarretar uma situação de crise autopoietica, pois neste caso o sistema do Direito não foi capaz de operacionalizar seu fechamento. (ROCHA, 2009, p. 38).

Tal situação, sob a ótica da teoria da constitucionalização simbólica, pode ser descrita como uma hipertrofia de um sistema (político) sobre outro (jurídico), em que não se consegue distinguir um do outro.

Estas interferências inadequadas do sistema político em relação ao jurídico decorrem muitas das vezes da utilização do direito para “resolver problemas para os quais seu código não pode oferecer respostas ou é absolutamente inadequado”. (CAMPILONGO, 2011, p. 99)

Nesses casos, Marcelo Neves, divergindo do modelo de Luhmann, sustenta que seria mais adequado falar de um direito alopoiético.

Esta interferência de fatores externos dentro do sistema, quebrando a distinção dos códigos binários do sistema jurídico, é caracterizada como corrupção sistêmica⁸, sendo tal problema reconhecido por Luhmann (1993, p.184) nos seguintes termos:

De los problemas más importantes que hoy en día atraen la atención moralmente cargada son las practicas con las cuales se sabotea la separación de los valores del código – y con ello las codificaciones de los medios de comunicación simbolicamente generalizados. Esto es válido para cuando se quebranta da distinción legal/ilegal mediante la corrupción y para los fenómenos correspondientes en el campo de la política partidarista.

Analisando a situação dos países intitulados como integrantes da modernidade periférica, Marcelo Neves (2011, p.147) vai destacar que neles a corrupção sistêmica não é um problema isolado e eventual. Na realidade, o que se observa é que nestes países a

⁷ Vale destacar que Neves também reconhece que existem momentos de alopoiese na modernidade central, daí porque o autor vai trabalhar com a ideia de ‘periferização do centro’. Contudo, no seu entendimento, os bloqueios à autonomia operacional dos sistemas jurídico e políticos nestes países são localizados, não apresentando tendências à generalização. (2013, p. 236)

⁸ Com relação a ideia de "corrupção sistêmica", cumpre esclarecer que através desse conceito Neves se refere ao bloqueio do funcionamento operativamente fechado de um sistema determinado, que em tese pode ser aplicado a qualquer subsistema social. Por isso, ainda que Neves reconheça a corrupção sistêmica no direito e na política - sistemas sociais segmentados territorialmente - ela não se resume de forma alguma ao termo vulgar da corrupção política por interesses particulares. O núcleo do conceito é o reconhecimento uma corrupção sistêmica generalizada e não meramente pontual, principalmente do sistema jurídico.

corrupção de código apresenta uma tendência à generalização, “atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito”.

Nos países integrantes da modernidade periférica, segundo destaca Neves (2011, p. 161), verifica-se uma completa ineficiência da prestação do sistema jurídico, consubstanciada nos seguintes elementos: a) desrespeito ao *due process of law*, em especial com relação às classes de excluídos; b) na concretização particularista, por parte da administração, de princípios como o da legalidade, moralidade e impessoalidade; c) corrupção e fraudes eleitorais que afetam a autonomia do sistema jurídico e político.

As operações jurídicas do Estado de Direito, neste contexto, são contaminadas por critérios extrajurídicos que, incontrolavelmente, corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente.

Por tais razões, alerta Neves (2011, p. 240) que “[...] é ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais”, já que, do ponto de vista sistêmico, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Trata-se, em realidade, de quebra do fechamento operacional por onde se esfumam as fronteiras entre o sistema Direito e outras esferas de comunicação. Como consequência, o Direito sofre permanentes crises de identidade.

Esse quadro vem a ser denominado de corrupção sistêmica e tende à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito, em sentido inverso à especialização do sistema e, por conseguinte, obstando a sua evolução.

Como a concretização jurídica é violada por códigos de preferências os mais diversos, os códigos constitucionais e legais degradam-se em preferências particulares/pessoais e bloqueios oriundos de outros critérios sistêmicos, e têm seu desenvolvimento estancado no decorrer do processo concretizador de sentido, por conta da insuficiente força normativa dos enunciados normativos. Daí se extrai que a questão central não está na produção de um maior ou menor volume de textos normativos: está na superação das condições desjuridicizantes que determinam a colonização do Direito pelo sistema social.

A questão que se coloca é: a dificuldade de concretização dos direitos assegurados constitucionalmente pode ser compreendida como parte de um processo mais amplo que resulta em consequências obstrutivas do funcionamento real e efetivo do Estado de Direito e da cidadania no Brasil?

Sob esta perspectiva, a ineficácia dos direitos fundamentais poderia decorrer daquilo que Marcelo Neves chama de “hipertrofia da função simbólica” do texto constitucional em detrimento da autonomia operacional do sistema jurídico? É possível afirmar que há um predomínio desta função simbólica em prejuízo da função jurídico-instrumental?

3 Adequação da teoria da constitucionalização simbólica ao cenário jurídico brasileiro atual

Após a exposição da teoria da constitucionalização simbólica e da leitura que a mesma fornece dos problemas inerentes a realidade brasileira, é importante fazer a crítica da crítica.

Na teoria sistêmica, três aspectos constitucionais funcionam como pilares da autopoiese do sistema jurídico: o respeito aos direitos e garantias fundamentais, o sistema político-eleitoral democrático e a separação de poderes.

Na visão defendida por Neves, nos países pertencentes à modernidade periférica estes pilares seriam afetados por códigos de outros sistemas, acarretando a falta de autonomia destes sistemas, e também do Direito.

Assim, nos tópicos seguintes será feita uma análise da situação vivida no Brasil tendo como referencial estes pontos basilares do sistema constitucional, na tentativa de apurar até que ponto pode-se falar da interferência de outros códigos no sistema jurídico constitucional, bem como até que ponto tal interferência mostra-se apta a afetar o regular desenvolvimento das instituições no Brasil.

3.1 Regulação jurídica constitucional do procedimento eleitoral

Em relação ao sistema político-eleitoral brasileiro, a partir de 1979, vivenciou-se interminável elaboração e/ou discussão de normatividade referente a esta matéria, a qual teve seu momento mais relevante com a promulgação da Constituição de 1988.

As mutações normativas pelas quais passou a formação partidário-eleitoral a partir do final da década de 70 distribuem-se em três pontos principais: a fixação ou ampliação de limites para o exercício da cidadania eleitoral; a tomada de decisões que afetaram o processo eleitoral e a organização partidária e, por fim, a tomada de decisões que alteraram a representação política.

Nesse sentido, cabe destacar que pelo menos três aspectos cristalizados por tais mudanças foram de crucial importância para a volta do País à democracia política e para a ampliação da cidadania política, quais sejam: o restabelecimento das eleições diretas para

governador (a partir de 1982), para prefeitos das capitais (a partir de 1985), e para presidente da República (desde 1989); a autorização para a criação de partidos nacionais, que fugia ao figurino bipartidário traçado pelo Ato Complementar nº 4/65 e o estabelecimento do voto facultativo para o analfabeto (1985) e para os menores entre dezesseis e dezoito anos de idade.

A transição democrática foi concluída com a promulgação da Constituição de 1988, possuindo tal documento um fundamental papel na inauguração de um novo sistema político-eleitoral no país.

Através do novo texto constitucional, buscou-se garantir os mecanismos da democracia representativa. Assim, os brasileiros passaram a dispor não apenas do direito de votar nos seus dirigentes, como também lhes foi assegurada a participação política em mecanismos decisórios típicos da democracia direta, como o plebiscito e o referendo. Além disso, também foi prevista a possibilidade de iniciativa popular de proposição legislativa, pela qual os cidadãos podem propor ao Congresso Nacional projeto de lei sobre diversos temas.

Assim, o Brasil, a partir de 1988, passou a integrar um grupo bastante seletivo de países que não têm na representação o monopólio das formas de expressão política institucionalizadas. Do ponto de vista da arquitetura política, poucos países têm essa formulação presente no plano constitucional, ainda que um número relativamente grande de países tenha presente essa combinação entre representação e participação na sua estrutura política. (AVRITZER, 2006, p.35).

A nova Constituição também garantiu a desconcentração do poder em consequência do fortalecimento do poder do Legislativo, do Judiciário e dos níveis subnacionais de governo, bem como a total liberdade de organização partidária⁹.

Contudo, segundo entendimento perfilhado por Marcelo Neves para que uma eleição atue como mecanismo de apoio generalizado e de diferenciação do sistema político não é suficiente a existência de um texto constitucional que preveja o procedimento respectivo. É necessário que haja concretização do conteúdo previsto no texto:

⁹ No que diz respeito aos partidos políticos, assistiu-se nos anos 70 e 80 ao desenrolar de um processo de progressiva e paulatina abertura para a sua criação. Desde 1979 - momento em que se extinguíram as duas siglas criadas com base na legislação do regime militar, ARENA e MDB, até a promulgação da Constituição de 1988, as normas relativas ao sistema partidário-eleitoral caminharam sempre no sentido da abertura para a criação de partidos. A reimplantação do multipartidarismo no país aconteceu num contexto de valorização da democracia política e dos mecanismos institucionais. A longa trajetória do autoritarismo acarretou, como uma espécie de efeito benéfico, o fato de o sistema democrático passar a ser visto crescentemente como um valor em si mesmo e como mecanismo capaz de produzir a estabilidade econômica e de criar condição para o desenvolvimento social. Mas, por sua vez, e contraditoriamente, se desenvolve também numa conjuntura em que a crise dos partidos políticos alcança patamares bastante elevados.

Através da experiência dos países periféricos, demonstra-se, muito claramente, em que ampla proporção, por falta de pressupostos sociais, as normas constitucionais sobre procedimento eleitoral são deformadas em seu processo de concretização, como ocorre tipicamente no caso brasileiro. (NEVES, 2011, p. 80).

No caso específico do Brasil é inquestionável que a ordem de problemas que marcou e marca a institucionalização democrática no país foi e é bastante extensa, e os desafios que apresentou e apresenta, foram e são amplos. Tais empecilhos contribuíram e contribuem para que parte dos estudiosos enquadre a democracia brasileira como uma democracia "débil", "pobre", "não consolidada", "não institucionalizada", "pouco institucionalizada" ou, ainda, "informalmente institucionalizada".

Nesse sentido, é interessante transpor para a realidade brasileira os ensinamentos de Robert Dahl (2003, p. 53), que analisando o cenário político norte-americano conclui que apesar da configuração de uma poliarquia "governável" e razoavelmente estabilizada ao longo do tempo, não se pode perder de vista a existência de uma série de elementos antidemocráticos presentes na tradição constitucional norte-americana que podem e devem ser corrigidos e modificados, caso avalie-se o desempenho desse sistema político pelos parâmetros normativos que devem orientar os analistas políticos e cidadãos comprometidos com os valores e os princípios¹⁰ da igualdade política democrática.

Há inúmeras anomalias que necessitam ser superadas para que o sistema político eleitoral brasileiro funcione de maneira mais plena e inclusiva. Dentre essas, Gláucio Soares e Lúcio Rennó (2006, p. 25) destacam:

1) a excessiva personalização do voto e o baixo grau de partidarização das campanhas eleitorais, que dificulta o estabelecimento de vínculos de identidade mais sólidos entre eleitor e eleito (bem como com as legendas partidárias que os abrigam), sobre-representando nos órgãos legislativos brasileiros aqueles parlamentares de perfil mais fisiológico e clientelista e, portanto, mais dispostos a negociar "no varejo" seu apoio aos diferentes governos; 2) a lenta institucionalização das políticas de cotas e de inclusão de minorias, bem como a necessidade de institucionalizarem-se incentivos à participação política desses segmentos, somados à manutenção do sistema proporcional para aumentar a presença das mulheres e de outros grupos tradicionalmente sub-representados na cena política brasileira; 3) o alto custo das campanhas eleitorais que, por serem excessivamente caras e não transparentes, acabam estreitando os vínculos escusos dos políticos com os financiadores de campanhas, terminando por prejudicar a coerência das políticas governamentais, por meio da apresentação de emendas ao orçamento que visam a propiciar a transferência de recursos para as empresas financiadoras das campanhas dos candidatos; 4) permanência das taxas históricas de desigualdade regional no sistema político brasileiro, o que sobrepraesenta os partidos de centro-direita, especialmente no Senado Federal, conferindo-lhes um peso na arena legislativa desproporcional à sua relevância social, e 5) o presidencialismo brasileiro, ao contrário da democracia presidencialista

¹⁰ Na visão de Dahl, tais princípios consistem em assegurar o exercício dos direitos humanos fundamentais à maior parcela da população, a máxima ampliação da cidadania política aos habitantes do território de um país, assim como o direito desses cidadãos a terem expressas e representadas, da maneira mais transparente e eficaz possível, suas vontades na arena política.

pluripartidária do período democrático anterior, é mais “governável” e relativamente democrático, embora apresente alguns “problemas” de funcionamento, seja se for julgado pelos critérios da otimização da coordenação da coalizão presidencial, seja se for julgado pelos parâmetros da institucionalização partidária e da constituição de governos de perfil programático.

Em que pese a existência de pontos cruciais que precisam ser aprimorados para um melhor funcionamento do sistema político eleitoral no Brasil, não parece adequado qualificar a democracia aqui implementada como deficiente, nem tampouco qualificar o sistema eleitoral vigente como fraudulento.

É certo que ainda há muito que ser aprimorado, contudo no que concerne a arena política nota-se que o Brasil se encontra, na atualidade, em vias de uma maturidade democrática, após um longo período de instabilidade política (golpe militar, início da democratização do país, etc.) e econômica (fenômeno inflacionário, série de reformas econômicas e planos para estabilização da inflação – Plano Cruzado I, Plano Cruzado II, Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor I, Plano Collor II – no período de 1985 a 1990), os quais geraram reflexos e efeitos econômicos, sociais e políticos, peculiares, na sociedade brasileira.

Não se pode olvidar também dos significativos avanços em relação ao sistema eleitoral, que passou a contar com o voto informatizado, bem como com uma fiscalização mais rígida por parte do Tribunal Superior Eleitoral¹¹ e da própria população¹².

¹¹ Cumpre destacar inicialmente que a ideia de um ramo judiciário especializado em eleições é um instituto próprio do Brasil e desconhecido em boa parte do mundo. No caso brasileiro, a missão de realizar as eleições foi confiada aos juízes não tanto por uma questão de escolha, mas sim pela falta de opção – já que os integrantes dos demais poderes são suspeitos por terem interesse direto no resultado eleitoral.

Assim, o Tribunal Superior Eleitoral, desde a sua criação, tem exercido, principalmente através do poder normativo conferido a Justiça Eleitoral, um maior controle do processo Eleitoral. A título exemplificativo, podemos citar a questão da fidelidade partidária disciplinada pelo TSE em 2007, através da Resolução 22.610/07, editada após longa discussão iniciada sob o exercício de seu poder consultivo, quando partidos oposicionistas reivindicavam para si os mandatos de parlamentares que acabaram migrando para partidos da base aliada, resultando uma maioria governista "artificial". Naquela oportunidade, a Corte Eleitoral modificou seu entendimento tradicional, respondendo que o mandato deveria realmente permanecer com o partido "abandonado", pelo qual o parlamentar fora eleito, tendo em vista que na eleição proporcional os votos são dados em primeiro lugar ao partido, e não ao candidato nominalmente. A troca de partido seria uma espécie de "estelionato eleitoral", pois geraria uma distribuição de poder entre os partidos distinta daquela que emergiu da eleição.

A verticalização é outro exemplo da atuação do TSE que através de uma interpretação mais restritiva da legislação já existente procurou aplicar essa regra nas eleições de 2002. Tal instituto determinava que as coligações estabelecidas para as eleições estaduais fossem coerentes com aquelas definidas para a disputa da presidência da República. Longe de garantir coerência às coligações, a verticalização apresentou duas consequências não previstas: a) proliferação de alianças informais nos estados entre partidos ou setores de partidos que no plano nacional concorriam em coligações diversas e, b) desistência, por parte de alguns partidos, de participar formalmente da disputa presidencial – lançando candidato ou coligando-se – como forma de manter a liberdade para as coligações estaduais.

Em 2004, o TSE, por meio da Resolução 21.823/04, fixou um conceito ampliativo de quitação eleitoral, passando a exigir, como condição à obtenção da certidão respectiva, o pagamento de débitos perante a Justiça

Como parte da consolidação da democracia, há problemas estruturais que precisam ser superados, o que pode ser alcançado através de uma proposta de reforma política e eleitoral séria¹³ até então protelada pelo Executivo e Legislativo¹⁴.

Cresce a consciência da necessidade de se promover a reformulação estrutural do sistema político-eleitoral brasileiro com o fim de se arquitetar um sistema transparente, com controles democráticos claros, que permitam tomar decisões e garanta a representatividade dos diversos interesses da sociedade.

O grande problema a ser enfrentado por uma reforma estrutural de fato, como destacam Glaucio Soares e Lucio Rennó (2006, p. 353), é conseguir conciliar governabilidade e representatividade, pois as regras que coordenam os sistemas eleitorais ou focam na

Eleitoral, decorrentes de multas oriundas de processos judiciais eleitorais (ex. corrupção eleitoral) ou administrativos (ex. mesário faltoso). O evidente objeto era compelir os candidatos às eleições vindouras (2004) a quitarem seus débitos oriundos de eleições anteriores, mediante a ameaça de não obterem o registro da candidatura por ausência de quitação eleitoral. Aspecto moralizador das eleições: só pode almejar cargo eletivo quem esteja em dia com os cofres públicos, especialmente se decorrentes de infrações eleitorais, sem embargo do intuito de forçar o pagamento das multas, impedindo que cidadãos punidos – e inadimplentes – lançassem novas candidaturas. Como reação, o Congresso Nacional, na minirreforma eleitoral que antecedeu as eleições de 2010 (Lei 12.034/2009), passou a contemplar que, a uma, não era necessária a aprovação das contas de pleitos anteriores, bastando apresentá-las, ainda que fossem posteriormente reprovadas; e, a duas, deixou claro que não era necessário pagar a multa integral, bastando o respectivo parcelamento do débito.

¹² Um exemplo disso foi a Lei Complementar nº. 135 de 2010. Trata-se de lei originada de um projeto de lei de iniciativa popular que reuniu cerca de 1,6 milhão de assinaturas com o objetivo de aumentar a idoneidade dos candidatos. A lei torna inelegível por oito anos um candidato que tiver o mandato cassado, renunciar para evitar a cassação ou for condenado por decisão de órgão colegiado (com mais de um juiz), mesmo que ainda exista a possibilidade de recursos. Foi sancionado pelo Presidente em 4 de junho de 2010 e em fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou a lei constitucional e válida para as próximas eleições que forem realizadas no Brasil.

¹³ Desde a edição da Constituição, foram aprovadas três minirreformas eleitorais implementadas através das Leis 11.300/06, 12.034/09 e 12.891/13. Todas elas, no entanto, caracterizam-se por promoverem apenas modificações pontuais e esparsas, sem se aprofundar em qualquer questão estruturante do sistema.

Com relação à minirreforma eleitoral de 2013, cumpre ressaltar que, em observância ao princípio da anterioridade consagrado no artigo 16 da CF, as principais alterações implementadas só poderão ser aplicadas na eleição de 2016.

¹⁴ Em 26 de maio do corrente ano, a Câmara dos Deputados iniciou a votação da reforma política, a partir de substitutivo apresentado pelo deputado Rodrigo Maia (DEM). Desde o início da análise da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 352/2013 que trata da reforma política, os parlamentares aprovaram 11 modificações à legislação atual, entre os quais o fim da reeleição e mandato de cinco anos para todos os cargos eletivos: fidelidade partidária; prazo para desfiliação do partido sem perda de mandato; novas regras para projeto de iniciativa popular; possibilidade de policiais e bombeiros voltarem à ativa após mandato; emissão de recibo em papel nas urnas; fim da reeleição; mandato de cinco anos para todos os cargos eletivos; redução da idade mínima para candidatos a senador, deputado e governador; restrições de acesso de pequenos partidos ao fundo partidário; alteração na data da posse de presidente e governador; permissão de doações de empresas a partidos.

Além dos itens aprovados, os parlamentares também rejeitaram algumas mudanças estruturais no modelo político brasileiro: instituir o voto facultativo nas eleições do país; obrigar o candidato a registrar programa de campanha; autorização para candidatura a mais de um cargo na mesma eleição; alterar o atual sistema proporcional com lista aberta para escolha de deputados; proposta de eleições simultâneas para todos os cargos eletivos; proposta que previa o fim das coligações entre partidos nas eleições para a Câmara; cota para as mulheres no legislativo; perda de mandato a parlamentar que assume cargo no Executivo; criação do cargo de “senador vitalício” para ex-presidentes da República; voto em trânsito para todos os cargos eletivos; formação de federações partidárias.

Todas as alterações ainda terão de passar por um 2º turno de votação na Câmara e por mais dois turnos no Senado. Devem valer, muito provavelmente, apenas para as eleições de 2018. Ainda não é possível saber se a reforma resultará em mudanças positivas ou negativas sobre o sistema eleitoral.

governabilidade “restringindo o número de atores envolvidos nas decisões e diminuindo o número de interesses representados” ou aumentam a representação e, com isso, o número de atores no sistema político, “dificultando a formação de consenso nas decisões.”

Contudo, reiteramos que essas distorções não são suficientes para se alegar a inexistência de uma democracia sólida em nosso país, nem tampouco reconhecer a presença de bloqueios que acarretam o enfraquecimento institucional e dificuldade de concretização constitucional nesse ponto.

3.2 Separação de poderes

A teoria da separação dos poderes foi um marco importante no desenvolvimento da estrutura do Estado moderno. A distribuição do Poder Estatal entre legislativo, executivo e judiciário permite, além de uma organização sistêmica fundada na competência funcional mais eficaz, um sistema de controle na atuação de cada órgão.

Há, por sua vez, duas propriedades importantes no citado conceito e que constituem questões centrais. A primeira diz respeito à separação das funções de cada poder constituído¹⁵; a segunda refere-se à característica também funcional de que cada poder controla os demais poderes (*checks and balance*).

Segundo a visão da teoria dos sistemas¹⁶, as funções diferenciadas de cada poder aumentam a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder às exigências do seu respectivo ambiente, repleto de expectativas as mais diversas e entre si contraditórias. Quando o princípio da divisão de poderes não é respeitado, a consequência direta é uma “desdiferenciação das esferas da vida (politização abrangente)”, o que é algo incompatível com a complexidade da sociedade atual. (NEVES, 2011, p.81).

¹⁵ Desde 1891, com a Constituição republicana, advindo a posterior confirmação das Constituições de 1934, 1937, 1946 e a de 1967 no Brasil há os três poderes da sistematização da obra de Montesquieu.

¹⁶ Nesses termos, cumpre destacar que o princípio da separação dos poderes, na teoria dos sistemas sociais, não é considerado da forma tradicional e clássica. E, para uma teoria pós-moderna, não é de estranhar essa desconsideração, que pode ser vista como superação. Portanto, a teoria dos sistemas sociais apresenta uma visão não tradicional do princípio da separação dos poderes, que continua constando das Constituições. Assim, para a teoria dos sistemas os tribunais – ou o poder judiciário – ocupam uma posição central no sistema jurídico, operando o código direito/não direito, enquanto que a legislação, assim como os contratos, se encontram na periferia. A seu turno, o poder legislativo e o poder executivo não se encontram no sistema jurídico, mas atuam no sistema político, onde o código é governo/oposição. Não bastasse isso, para a teoria dos sistemas não há identidade entre Estado e direito, pois este compõe um sistema social, aberto cognitivamente e estruturalmente acoplado a outros sistemas, estabelecendo, assim, contatos com o seu entorno/ambiente, sendo que a validade do direito depende da natureza das suas operações, não do rigor formal. Ademais, a autonomia do sistema jurídico não significa seu completo isolamento. Pelo contrário, mesmo sendo auto-referencial e autopoiético, não vive independentemente do entorno/ambiente. (RIBEIRO, 2006, p. 137).

Na leitura que Marcelo Neves faz da realidade brasileira, como reflexo da constitucionalização simbólica, a concretização normativo-jurídica do texto constitucional no que diz respeito à separação de poderes estaria completamente comprometida.

O mencionado autor aponta uma série de situações que corroboram para seu entendimento acerca da inexistência do funcionamento autônomo dos sistemas político e jurídico. Um indício dessa distorção seria o abuso no uso das medidas provisórias que representaria uma hipertrofia do Executivo sobre o Legislativo. Marcelo Neves aponta também a situação vivida no Brasil de particularização e a politização da administração, com afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade, legalidade e moralidade como exemplo de desdiferenciação entre os sistemas, com prevalência do sistema econômico. No que tange ao Judiciário, o mesmo estaria submetido a ingerência de interesses políticos e das elites dominantes, o que afetaria acentuadamente a sua atuação de forma autônoma.

Na visão de Ricardo Ribeiro (2010, p. 178), a tese da existência de sobreposição da política ao direito como sintoma da constitucionalização simbólica é contraditória na medida em que busca conciliar ideias excludentes entre si, quais sejam: “a de que, em sociedades não diferenciadas, o direito não se diferencia propriamente dos demais sistemas e a de que a constitucionalização simbólica acarreta uma sobreposição da política por sobre o direito”. Ou seja, se não há diferenciação entre os sistemas como é possível considerar que um determinado sistema possa se sobrepor a outro?

Contudo, o ponto a que a presente análise pretende se ater é o entendimento de que em que pese a crise funcional¹⁷ vivida na atualidade pelos três poderes da República¹⁸, os

¹⁷ No quadro de crises contemporâneas do Estado, José Luis Bolzan de Moraes (2002, p.58) classifica-as em cinco modalidades: (a) crise conceitual, (b) crise estrutural, (c) crise constitucional, ou institucional, (d) crise funcional e (e) crise política. A crise funcional é a que abrange as funções do Estado, sendo que o mencionado autor destaca haver neste caso uma crise de identidade, havendo outros lugares de produção ou de solução diversos do Estado, ou seja, “perda de centralidade e de exclusividade”. Além de haver esta perda de centralidade e de exclusividade, há um processo autofágico, em que cada uma das funções procura sobreviver à custa da outra, invadindo esfera de competência diversa.

¹⁸ No que se refere ao regular desempenho de suas atividades institucionais, atualmente pode-se afirmar que a crise encontra-se mais acentuada no Executivo e Legislativo. Após vencer as eleições com uma pequena margem de vantagem, a atual presidente tem enfrentado grande desgaste para governar o país, principalmente em razão dos escândalos de corrupção envolvendo integrantes do Partido dos Trabalhadores, bem como face às dificuldades em manter sua base de apoio no Congresso. Já o Poder Legislativo há muito tempo perdeu por completo seu prestígio frente a população. Pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha em 2013 apurou que apenas 13% dos brasileiros aprovam os deputados e senadores que se encontram no Congresso (disponível em < <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2013/08/1325258-cai-aprovacao-ao-trabalho-de-deputados-e-senadores.shtml>>).

No que diz respeito à relação entre os poderes, há de serem destacadas as constantes tensões envolvendo o Judiciário de um lado e o Legislativo e Executivo de outro. O principal motivo desse embate entre o Judiciário e os demais poderes reside na postura ativista seguida pelos Tribunais após o advento da Constituição de 1988. O Judiciário passou a atuar frente a inércia do legislador, assim como também houve um sensível aumento de decisões judiciais relacionadas as imposição de políticas públicas a serem implementadas pelo Executivo. Tal

mesmos têm conseguido manter seu funcionamento independente e dentro dos parâmetros democráticos.

Assim, no que diz respeito ao Poder Executivo, é certo que no Brasil o mesmo sempre ocupou um lugar privilegiado no exercício do poder político, seja através de uma possibilidade ampla de iniciativa legislativa por meio de decretos-leis (antes da Constituição de 1988), seja através da edição de medidas provisórias (após a Constituição de 1988) que passaram a ser cada vez mais utilizadas de maneira corriqueira. Como consequência, a pauta do Congresso Nacional acaba sendo ocupada com tais iniciativas legais do Poder Executivo.¹⁹

Analisando a atuação do Poder Executivo brasileiro na edição de medidas provisórias, Breno Gustavo Valadares Lins (2007, p. 1007) pontua que:

A tese de que as medidas provisórias representariam uma hipertrofia do Executivo perante os outros dois poderes é discutível. As medidas provisórias não podem ser equiparadas aos decretos-leis ditatoriais apenas em função da quantidade em que são editadas. Isso porque a sua imposição depende da aprovação do Poder Legislativo, já não sendo permitida a reedição indeterminada dessas medidas. Além disso, as medidas podem ser submetidas ao exame de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. De resto, o governo depende do Congresso Nacional para a aprovação dos projetos de lei de seu interesse, e ampla negociação e necessária tanto com a bancada de oposição como com a governista. Na votação do orçamento anual da União, por exemplo, é o Legislativo que pode trançar certas ações do governo. As dificuldades na relação institucional entre Executivo e Legislativo levam a negociações complicadas, a fim de que certos projetos de interesse do governo sejam aprovados pelo Congresso.

O mencionado autor ao prosseguir em sua análise destaca ainda que o Legislativo exerce relevante papel de contenção dos excessos do Executivo através das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), que constantemente interrogam representantes do Executivo. Com isso, verifica-se que “a força do Congresso Nacional, por meio das CPIs, e ao seu lado, da opinião pública e da imprensa, revela-se como mecanismo eficaz de freio e contrapeso ao Poder Executivo, que, por isso, está longe de ser considerado autoritário [...]” (LINS, 2011, p. 1008)

Através de uma interessante análise pautada em dados estatísticos sobre a aprovação de propostas oriundas do governo, Fernando Limongi (2006, p. 26) conclui que a forma de

mudança de postura causou severa críticas e questionamentos acerca da legitimidade do Judiciário em atuar assim. Em 2013 o Legislativo deixou claro seu descontentamento através de aprovação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33/2012 que tiraria do STF o poder de dar a última palavra quanto à constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso. Ou seja, caso o Supremo suspendesse alguma lei por julgá-la inconstitucional, caberia ao Legislativo endossar ou desautorizar a decisão. Contudo, a mencionada Proposta de Emenda Constitucional não prosseguiu, sendo arquivada em 2015.

¹⁹ A Emenda Constitucional nº 32/2001 limitou o uso indiscriminado das medidas provisórias, vetando a sua reedição indiscriminada. Na hipótese de não serem analisadas pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias, as medidas provisórias perdem a eficácia desde a edição (art. 62, §3º CF). No entanto, considerando o caráter de urgência destas medidas, elas permanecem travando a pauta de votação dos projetos de leis no Congresso Nacional até serem votadas.

atuação do governo no controle da produção legislativa no Brasil não diverge muito do que se passa nos governos parlamentaristas. Assim, segundo o mencionado estudioso, não há elementos contundentes para atribuir ao sistema brasileiro um caráter singular e tampouco se justifica a alegação de que “estariamos diante de uma democracia com sérios problemas, ameaçada por alguma síndrome ou patologia causada quer pela separação de poderes, quer pela fragilidade de seus partidos”.

O que se observa também é que o presidente brasileiro é poderoso do ponto de vista legislativo não porque usurpe o poder legislativo, mas porque a Constituição de 1988 assim o estabeleceu. Ao executivo federal foi assegurada a prerrogativa exclusiva de iniciar legislação nas principais áreas de política: tributação, orçamento e fixação dos quadros do funcionalismo. Cabe destacar, entretanto, que essa não é uma condição exclusiva da Constituição brasileira. Trata-se de uma característica comum a maioria das Constituições presidencialistas (LIMONGI, 2006, p. 27)

O excesso no uso das medidas provisórias, bem como as negociações que a aprovação destas pelo Congresso acarretam²⁰ são passíveis de críticas e merecem uma reformulação, contudo não há como classificar esse tipo de atuação como uma disfunção apta a afetar o regular andamento dos poderes executivo e legislativo no Brasil.

Já no que diz respeito ao Judiciário, analisando o cenário pátrio na atualidade é difícil sustentar que haja uma predominância da interferência de outros sistemas, em especial do sistema político e econômico, no sistema jurídico.

Tais influências existem, tanto que há casos de corrupção envolvendo membros do judiciário. Contudo, isso não constitui um traço comum inerente ao Poder Judiciário brasileiro na atualidade.

Na realidade o que se observa desde a edição da Constituição de 1988 é uma relevante ampliação da atuação do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade dos atos normativo, na resposta a questões não enfrentadas pela inércia do Legislativo e na imposição de obrigações de fazer ao Executivo, principalmente em matéria de direitos sociais.

²⁰ Recentemente na aprovação das três medidas provisórias referente ao ajuste fiscal (664, 665 e 668), ficou clara a manobra do governo federal em oferecer cargos do segundo escalão a parlamentares em troca de uma votação favorável aos seus interesses. A manobra é tão comum que foi amplamente noticiada na imprensa e tranquilamente assumida pelo Executivo.

Como exemplo, vide notícias disponíveis em < <http://oglobo.globo.com/brasil/para-aprovar-medida-de-arrocho-fiscal-governo-enquadra-pt-promete-cargos-ao-pmdb-16081076>>, <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-aposta-em-enfraquecimento-de-renan-para-sua-pauta-avancar-no-senado,1688881>>, <http://www.istoe.com.br/reportagens/418327_FEIRAO+DE+CARGOS+DO+GOVERNO>

Como decorrência desse novo papel, observa-se a configuração de um Judiciário marcado pelo excesso de demandas, traço esse caracterizador não apenas da sociedade brasileira, mas da modernidade de uma forma em geral²¹. Conforme observa Eduardo Neves (2009, p.193):

A modernidade trouxe uma crise ao direito positivo, dogmaticamente organizado, com a qual ele se vê incapaz de, sozinho, responder aos problemas sociais, já que, em virtude do fenômeno da diferenciação das ordens normativas, próprio da sociedade moderna, o direito passou a ser o único ambiente ético comum. Com isso, outra crise foi instalada: a crise do judiciário que, sobrecarregado, não consegue controlar a complexificação da sociedade moderna.

Por todo o exposto, observa-se que o problema inerente ao sistema jurídico brasileiro aparenta guardar relação direta muito mais com a expansão do Judiciário com o objetivo de realização dos direitos fundamentais do que com o fenômeno da alopoiese desse sistema.

Embora não se negue que em países como no Brasil há um elevado índice de exclusão social, bem como, em certos casos, haja interferências dos jogos de interesses na implementação do direito, isso não significa, necessariamente, ausência absoluta de autonomia do sistema jurídico.

3.3 Respeito aos direitos e garantias fundamentais

É sabido que a Constituição de 1988, promulgada sob o influxo do processo de redemocratização, trouxe um largo rol de direitos fundamentais e de instrumentos processuais²² para garantir a proteção desses direitos contra atos do Poder Público. Inseridos em lugar de destaque, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, a própria expressão “direitos e garantias individuais” foi uma inovação, o que reforça seu caráter jurídico diferenciado.

Observa-se uma divisão sistemática dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal em seis grupos: direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade

²¹ Riccardo Guastini (2003, p.50) aponta sete condições, presentes na maior parte dos sistemas constitucionais ocidentais da contemporaneidade, para que um ordenamento seja considerado impregnado pelas normas constitucionais: (i) a existência de uma Constituição rígida, que permite a existência efetiva de hierarquia; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição, independente do modelo de controle; (iii) a força vinculante da Constituição, sendo todas as normas constitucionais consideradas aptas a produzir efeitos; (iv) a sobreinterpretação da Constituição, sendo identificadas, nela, normas implícitas; (v) a aplicação direta das normas constitucionais, sendo aplicadas por qualquer juiz em qualquer controvérsia; (vi) a interpretação conforme das leis, que aproxima o conteúdo da lei aplicada ao da Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas, já que o órgão judicial de controle resolve conflitos de competência entre órgãos constitucionais e os atores políticos incorporam em seu discurso o elemento inconstitucionalidade

²² O constituinte de 1988 inovou o ordenamento jurídico com uma nova forma de proteger os direitos e garantias fundamentais, através do qual o judiciário poderia ser acionado, nas hipóteses de omissão legislativa, dois institutos são os exemplos dessa inovação: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

(art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), direitos sociais (art. 6º e 193 e seguintes), direitos coletivos (art. 5º) e direitos solidários (arts. 3º e 225).

A Constituição de 1988 optou por definir um grupo de direitos fundamentais, de princípios estruturantes do Estado, do direito e da comunidade. São essas normas jurídicas que norteiam os variados sentidos e dimensões de sua extensão, que definem formas básicas de legitimação, fundamentação, racionalização e exercício do poder, que explicitam as opções políticas fundamentais e as opções jurídicas e estatais, bem como seus valores mais elevados.

Considerando que uma das funções jurídicas das Constituições é institucionalizar os direitos fundamentais e o Estado de bem-estar²³, não caberiam restrições ao texto constitucional, daí porque as declarações de direitos individuais, sociais e coletivos são das mais abrangentes no texto constitucional brasileiro.

Nesta perspectiva pode-se afirmar que, na sociedade supercomplexa de hoje, fundada em expectativas e interesses os mais diversos e entre si contraditórios, o direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas de comportamento enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à prestação política. (NEVES, 2011, p. 78)

Contudo, a despeito da previsão disposta no artigo 5º, §1º, no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, o que se observa é que há uma grande dificuldade de efetivação e aplicação destes direitos.

Não se pode perder de vista que se considerarmos que as Constituições contemporâneas trazem um vasto rol de direitos fundamentais, dificilmente se encontrará uma sociedade cuja realidade fática seja um retrato fiel do texto constitucional. Porém, no caso brasileiro, o que se pode apurar é que a democracia se consolidou, mas não é a democracia

²³ Em Luhmann, os direitos fundamentais foram observados como instituições emergentes da própria diferenciação funcional, ou melhor, como garantias dessa própria diferenciação – especialmente, como limitações do poder político contra uma desdiferenciação politizante dos demais âmbitos comunicacionais da sociedade. É o caso típico dos direitos civis e liberdades públicas. Segundo o próprio Luhmann (2010, p. 86) esclarece: “*Las instituciones son expectativas de comportamiento temporal, objetual y socialmente generalizadas y como tales forman la estructura de los sistemas sociales. En esa medida – y solo en esa medida – son posible objeto de positivización jurídica. Al mismo tiempo están colocadas en el orden social como componentes estructurales de la pregunta por su función, lo cual a su vez posibilita un control intelectual Del proceso de positivización jurídica. Sobre este contexto se basa nuestra hipótesis de que un análisis de los derechos fundamentales con los medios de la teoría funcional-estructuralista de los sistemas pudiera fecundar la dogmática de los derechos fundamentales.*”

Na visão de Lucas Amato (2014, p. 12) essa mudança de visão acerca dos direitos fundamentais é bastante significativa: “importa aqui notar que, ao elevar os direitos a um plano institucional [...] fogem aos problemas clássicos de reconhecimento da realidade dos direitos, enquanto direitos subjetivos – questão enfrentada com muita dificuldade pelas principais teorias do direito dos séculos XIX e XX, de Austin a Ross e os realistas americanos, de Kelsen a Hart [...] as quais, vale notar, não legaram concepções minimamente sólidas sobre a especificidade dos direitos humanos ou fundamentais.

esperada. Neste sentido é interessante destacar a observação de Lúcio Kowarick (2002, p.9/10) acerca da questão da vulnerabilidade sócio-econômica e civil da atualidade brasileira:

De imediato, deve-se enfatizar que no percurso dos anos 1980 e 90 consolidou-se no país um sistema político democrático, baseado em voto secreto e universal, competição partidária, alternância nos vários âmbitos do Legislativo e do Executivo e controle do Judiciário sobre o processo eleitoral. Há muitas críticas a serem feitas quanto à influência da mídia, às poderosas pressões do mundo econômico ou aos currais eleitorais, mas em comparação com os anos anteriores creio ser possível afirmar que não há déficit de democracia política no Brasil.

O mesmo não se pode dizer dos direitos civis, em particular no que se refere à igualdade perante a lei e à própria integridade física das pessoas, bem como dos direitos sociais, como acesso a moradia digna, serviços médico-hospitalares, assistência social e níveis de remuneração adequados, para não falar no desemprego, nas múltiplas modalidades arcaicas e modernas de trabalho precário, autônomo e assalariado ou na enorme fatia das aposentadorias que produz uma velhice muitas vezes marcada por acentuados graus de pobreza. Em suma, há muita vulnerabilidade em relação a direitos básicos, na medida em que não só os sistemas públicos de proteção social foram sempre restritos e precários, como também, em anos recentes, houve desmonte de serviços e novas regulamentações que se traduziram em perda de direitos adquiridos. Quanto à vulnerabilidade civil, não obstante alguns intentos de tornar alguns grupos — crianças e adolescentes, mulheres, idosos — mais protegidos nos seus direitos, basta ver as notícias e estatísticas estampadas na imprensa acerca de atos criminais perpetrados por bandidos e pela polícia, muitas vezes impunes, que revelam a fragilidade do Estado em um atributo básico: o monopólio legítimo da violência.

A necessidade atual não é mais garantir, mas sim concretizar os direitos fundamentais estampados na Constituição de 1988, inacessíveis a grande parte dos brasileiros devido a marginalização social e a segregação econômica²⁴.

A assunção das obrigações atribuídas ao Estado traduz-se numa ampliação dos direitos dos cidadãos, e isso faz com que o conceito de cidadania estenda-se cada vez mais em direção a uma descrição geral da condição de cidadão. A sua ausência é identificada a partir da não efetividade dos direitos constitucionais.

Observa-se que no Brasil é comum a ausência de planejamento e implementação de políticas públicas pelo Executivo com o fito de ampliar o acesso aos direitos fundamentais básicos, o que acarreta o aumento das demandas que são encaminhadas ao Judiciário. Via de consequência, há uma explosão de litigiosidade por parte da população em busca da efetividade dos direitos constitucionalmente consagrados.

No contexto da expansão da jurisdição, a jurisdição constitucional no Brasil tem sido considerada como importante esfera destinada à realização dos direitos fundamentais. Em

²⁴ Neste ponto é interessante destacar as observações de José de Souza Martins (1997, p. 21) que considera que o problema maior do Brasil não está tanto na exclusão, mas sim na inclusão deficiente de grandes parcelas da população: “[...] temos de admitir que a idéia de exclusão é pobre e insuficiente. Ela nos lança na cilada de discutir o que não está acontecendo exatamente como sugerimos, impedindo-nos, portanto, de discutir o que de fato acontece: discutimos a exclusão e por isso, deixamos de discutir as formas pobres, insuficientes e, às vezes, até indecentes de inclusão”.

certa medida, tal fenômeno é explicável diante dos indicadores sociais que apontam uma profunda situação de desigualdade. Como consequência, é crescente a expectativa no sentido de uma postura ativa da jurisdição em direção à realização de tais direitos.

Analisando a realidade brasileira, Bernardo Sorj (2004, p.13) identifica a configuração de um “paradoxo democrático” nos seguintes termos:

Tal paradoxo manifesta-se, por um lado, na enorme expansão do associativismo, dos novos direitos ligados a identidades coletivas e de organizações que se apresentam como expressão da vitalidade da “sociedade civil”; e, por outro lado, na limitada eficácia que tais processos desempenham na diminuição da desigualdade social.

Ou seja, no Brasil é incontestável a relevância das inovações institucionais introduzidas pelo texto constitucional de 1988, mas tais institutos por si só não são suficientes para superar a imensa desigualdade social que assola a sociedade brasileira²⁵, o que transforma o Judiciário em árbitro dos conflitos sociais. Frente a instituições políticas incapazes de gerar respostas às demandas sociais, a democratização da sociedade acabou gerando a judicialização dos conflitos sociais. Contudo, a judicialização desses conflitos tem eficácia limitada como instrumento de diminuição da desigualdade social.

Assim, a grande questão da atualidade, estaria na tentativa de explicar como apesar da sociedade brasileira ter “integrado valores igualitários e individualizantes, eles não chegam a ter maiores consequências no sentido de diminuir a desigualdade social e a violência”. Trata-se, portanto, da necessidade de se destrinchar o paradoxo de uma sociedade que se quer igualitária, reivindica valores liberais e de justiça social e se identifica com eles, mas que continua a gerar desigualdade e desrespeito às normas de convivência cívica. (SORJ, 2004, p. 96)

Na tentativa de responder a essa questão, Marcelo Neves aponta que o problema da Constituição de 1988 não está no desempenho de sua função jurídica (institucionalização dos direitos fundamentais) nem na prestação (uma vez que foram estabelecidos procedimentos constitucionais para a solução jurídica de conflitos ou a previsão de mecanismos específicos de regulação jurídica da atividade política). O problema, na visão deste estudioso, surge no plano da concretização constitucional que, devido a falta de autonomia do sistema jurídico, torna-se restrita e excludente.

²⁵ Sobre os principais entraves à concretização dos direitos fundamentais, Herrera Flores traz um relevante ensinamento: “[...] Não podemos tranquilamente acreditar que, com a existência de uma norma, já temos o acesso aos bens (inclusive se nos referimos à situação dos direitos nos países desenvolvidos econômica e juridicamente). Pode ocorrer que a norma não possa ser aplicada por falta de meios econômicos. Pode ocorrer que não se queira aplicar por falta de vontade política. Ou quiçá ocorra que uma pessoa ou grupo partam de coordenadas culturais e sociais que impeçam sua colocação em prática. O que fazer com um instrumento que ‘temos’ se não podemos colocá-lo para funcionar por falta de meios, por falta de políticas públicas ou por razões que apelam a alguma tradição considerada intocável?” (FLORES, 2009, p. 44-45).

Pode-se afirmar que para a massa dos “subintegrados” trata-se principalmente da falta de identificação de sentido das determinações constitucionais. Entre os agentes estatais e os setores “sobreintegrados”, o problema é basicamente de institucionalização (consenso suposto) dos respectivos valores normativos constitucionais. Nessas condições não se constrói nem se amplia a cidadania (art. 1º, inciso II) nos termos do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput), antes se desenvolvem relações concretas de subcidadania” e sobrecidadania” em face do texto constitucional. (NEVES, 2011, p. 184)

Afastando-se da proposta formulada por Neves e analisando o problema da efetividade dos direitos fundamentais, entende-se que a questão não está tanto na incapacidade de o sistema jurídico operar a partir de suas próprias referências internas, mas sim na sua incapacidade em oferecer condições reais e efetivas para a fruição dos benefícios exigidos amplamente.

Em consonância com Orlando Villas Bôas Filho, parece mais adequado afirmar que a inefetividade das leis brasileiras e a descrença generalizada da população acerca da justiça decorrem, de modo precípuo, da incapacidade de o subsistema jurídico contemplar, com efeito, as demandas de uma sociedade altamente excludente.

[...] é certo que a sobreintegração de alguns indivíduos ou grupos pode provocar problemas na ressonância social de sua violação do direito. No entanto, é sobretudo a exclusão de um imenso contingente de seres humanos que torna efetivamente problemática a ressonância social de tal sistema, fazendo com que este encontre dificuldade em implementar tanto a sua função de estabilização de expectativas normativas, que se desenvolve tendo em vista a sociedade como um todo, quanto suas prestações ao seu ambiente intra-social, que são: controle comportamental e resolução de conflitos. (VILLAS BÔAS, 2009, p. 354)

A Constituição de 1988 universalizou os direitos e o acesso à justiça, sem haver, contudo, estrutura adequada para atender ao enorme contingente de excluídos. Com isso, criou-se uma estrutura viciada, na qual o ambiente acaba por provocar uma intensidade de irritações no sistema jurídico, que acaba sendo impelido a decidir sobre questões que, a princípio, não seriam de sua área de atuação.

Nestes casos, a independência intersistêmica é exposta a problemas decorrentes de um acoplamento estrutural estreito, mas isso não impede que o sistema faça uso de seu código próprio na solução dos problemas. Restaria delineado, assim, um “hipercontato intrassistêmico”, explicado por Campilongo (2011, p.172) nos seguintes termos:

O problema das periferias está ligado a uma exposição tão grande e promíscua com o ambiente que, muitas vezes, podendo não decidir, o sistema jurídico acaba decidindo de modo que, sem comprometer o fechamento operativo do sistema, subtrai dos tribunais um autoisolamento cognitivo que, nos países centrais, é muito mais forte do que o isolamento do legislador ou daqueles que estipulam contratos.

Contudo, mesmo diante desse excesso de irritações, não se pode afirmar que o direito brasileiro adote a prática de abandonar seu código próprio nos julgamentos (lícito/ilícito) e decidir politicamente as demandas que lhes são submetidas.

4 Crítica da crítica: uma conclusão inconclusa

Após analisar os pontos estruturantes do sistema constitucional brasileiro, que indicam o fechamento operacional do mesmo, verifica-se que a teoria da alopoiese do sistema jurídico brasileiro aparenta não ser adequada para explicar o atual cenário vivido no Brasil. Assim, em relação à separação de poderes e ao processo político-eleitoral livre, a análise do desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro nas duas últimas décadas sugere a ocorrência de um avanço efetivo no sentido da maior concretização normativo-jurídica do texto constitucional.

A complexidade das relações institucionais entre as três esferas de poder, como acima demonstrado, não permite deduzir, ao contrário do que afirmou Neves no contexto histórico inicial da vigência da Constituição de 1988, a existência de uma hipertrofia do Poder Executivo.

Parece mais plausível admitir que o que existem são problemas internos de adequação de todas as esferas do Poder Público com os anseios da sociedade, como a prática do nepotismo, o “loteamento” de cargos públicos em troca de favores políticos, a corrupção, etc., mas não se pode falar em afetação do desempenho das funções de cada um dos três poderes, com hipertrofia de qualquer um deles em relação aos outros.

Ademais, como bem destaca Jessé Souza (2013, p. 159), esses problemas não são exclusividade do Brasil, ou dos demais países pertencente à periferia mundial:

Será que existe menos corrupção em Wall Street do que na Avenida Paulista em São Paulo? Será que existiu menos corrupção na reconstrução de Berlim do que na construção do metrô do Rio de Janeiro? Será que a corrupção – definida como vantagem privilegiada num contexto de presumida igualdade – não é uma parte fundamental e indissociável de todo o sistema econômico-político moderno? Junto com a tese da “sociedade corrupta” não se introduz também a tese de “povos corruptos”? Não se está, por baixo do pano e sem alarde, “essencializando” o conjunto das sociedades periféricas e seus habitantes com um tipo de “racismo criado, propagado e legitimado cientificamente?”

Logo, se os problemas entre países do norte e do sul são os mesmos, seria o variado grau de incidência destes um indicativo suficiente da falta de autonomia dos sistemas dos países da periferia?

No contexto brasileiro, até o momento, nem o Congresso Nacional foi fechado, nem deixou de realizar suas investigações, nem o Poder Executivo deixou de acatar as

determinações do Poder Judiciário. Por sua parte, o processo político-eleitoral é livre, as eleições por meio eletrônico tornaram o processo mais isento de ingerências de poder político ou econômico na escolha dos candidatos e na contagem de votos.

O Brasil desde 1988 não sofreu, a bem da verdade, nenhuma crise que colocasse as instituições sob a possibilidade, mesmo que teórica, de não funcionarem segundo a previsão constitucional. Nem mesmo a grosseira retenção dos ativos financeiros quando da edição do tal Plano Collor atentou sobremaneira o regime constitucional. Até o *impeachment* do presidente Collor de Mello também foi feito pacificamente. As reformas parciais da Constituição de 1988²⁶ e o vasto plano de privatização do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso também funcionaram bem no que tange à estabilidade institucional do Brasil.

A interpretação de Marcelo Neves parece ser mais aplicável a um Brasil pré-88, marcado por Constituições instrumentalistas (1937, 1967) e Constituições nominalistas (1891, 1934, 1946), nas quais a influência política, com peculiaridades em cada modelo, acarretava a alopoiese do sistema jurídico.

No que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, mesmo frente a parca concretização normativo-jurídica dos mesmos, afirma-se que a tese de Neves, da falta de autonomia operacional do sistema jurídico (alopoiese do direito) também não aparenta ser a melhor explicação para o problema.

Primeiro, porque é necessário se levar em conta a dificuldade de comprovação empírica de que haveria uma falta de autonomia do sistema jurídico brasileiro e que esta decorreria de ingerências de outros sistemas, em especial da política e da economia. Na situação atual em que o Brasil vive não se pode negar que ocorram manipulações político-ideológicas no direito pátrio, contudo o que se questiona é como seria possível mensurar a extensão e reais consequências de tais interferências.

²⁶ Com relação às reformas constitucionais, Marcelo Neves (2011, p.187) identifica nos excessos de alterações constitucionais um indício da predominância da função simbólica, na medida em que a responsabilidade pelos graves problemas sociais e políticos é atribuída à Constituição, como se eles pudessem ser solucionados mediante emendas e revisões. Esses mecanismos, na visão de Neves, são utilizados para se manter inalterados as estruturas sociais e as relações de poder.

Apresentando tese em sentido oposto a teoria formulada por Marcelo Neves, Breno Gustavo Valadares Lins (2011, p. 185) destaca que, se por um lado, a inflação legislativa constitucional pode apresentar-se como um indicativo da constitucionalização simbólica, por outro lado, a mudança legislativa constitucional pode ser interpretada como uma explicitação da insuficiência normativo-jurídica do texto constitucional. Com isso, a constante modificação da Constituição de 1988 pode servir como evidência de que o novo texto constitucional não tem servido para fomentar ilusões. Até porque, conforme Lins observa, a maioria das emendas constitucionais regulamentou questões referentes às conjunturas econômicas e às tendências ideológicas direta ou indiretamente relacionadas com os problemas da vida econômica do país. Com isso, é possível verificar que boa parte dos assuntos que foram objeto de emenda nem precisariam estar regulamentados em sede constitucional.

Segundo, é importante que não se confunda autonomia sistêmica com pureza operacional, ou seja, um sistema autopoietico não é um sistema puro nem incorruptível. Trata-se apenas de um sistema fechado em suas referências internas e contingentes (CAMPILONGO, 2011, p. 171). Além disso, há de ser ponderado se mesmo sem essas interferências à auto-produção do sistema jurídico brasileiro, ele seria capaz de gerar uma integração jurídica generalizada de boa parte da população historicamente posta à margem dos diversos sistemas sociais.

Por tal razão, alguns estudiosos consideram que a teoria de Marcelo Neves sobre a constitucionalização simbólica busca na alopoiese do sistema jurídico a explicação para os dilemas brasileiros de concretização do texto constitucional, deixando de atentar para os problemas sociais inerentes a nossa sociedade.

Todos os problemas de desjuridificação e ausência de força normativa passam a ser explicados pelo fenômeno da constitucionalização simbólica e não, por problemas sociais diversos. Há, portanto, uma supervalorização da capacidade explicativa do conceito de constitucionalização simbólica para teorizar toda uma série de problemas sociais que, a nosso ver, devem ser compreendidos devidamente a partir de uma teoria mais concreta sobre essa mesma realidade. (RIBEIRO, 2011, p. 183)

Ao considerar a falta de autonomia do sistema jurídico brasileiro como a causa principal da afirmação deficitária da cidadania que impera em nosso país, corre-se o risco de incorrer em dois problemas principais:

(a) manter-se preso a ideia de que são, sobretudo, os “donos do poder” que impedem a concretização da cidadania, elevando essa ideia a um *topos* simbólico de caráter retórico. Com isso, a teoria de Neves pode acabar contribuindo mais para a manutenção do *status quo* que para a implementação de uma integração jurídica generalizada e igualitária (VILLAS BÔAS, 2009, p. 255) e

(b) deixar de atentar para um problema muito mais grave típico da modernidade brasileira que é a existência de uma “ralé estrutural”, composta por indivíduos não apenas “sem capital cultural nem econômico, em qualquer medida significativa, mas desprovida, esse é o aspecto fundamental, das precondições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação”. (SOUZA, 2013, p. 173)

É certo que Marcelo Neves anda bem ao identificar a dificuldade que o sistema jurídico possui em promover a afirmação da cidadania, gerando, com isso, uma integração jurídica deficitária, marcada pela formação de massas de subintegrados e sobreintegrados. Contudo, atribuir tal fato a ingerências diretas e bloqueadoras de particularismos políticos e econômicos no sistema jurídico, bem como utilizar a suposta ausência ou a inexistência de

uma reprodução idêntica de categorias como dogmática jurídica, Estado de Direito, procedimento, eleições políticas e separação dos poderes para sustentar a diferença entre centro e periferia é impreciso.

Nesse sentido, há de ser destacado que mesmo não desenvolvendo de forma ampla o tema da desigualdade social, Luhmann deixou claro seu entendimento de que a exclusão não é elemento suficiente para afetar a autonomia dos sistemas sociais.

De momento no tenemos fundamento alguno para suponer que tal estado de cosas pueda acarrear um colapso universal de los sistemas funcionales. Su autopoiesis es demasiado robusta para que tal cosa ocurra. Pero si se presta atención a los desarrollos estructurales dentro de estos sistemas, no podrán ignorarse por más tiempo los efectos de una creciente solidez y prevalência de la diferencia entre inclusión y exclusión. (LUHMANN, 1998 p.192)

O problema da desigualdade social ocasionou e ainda acarreta amplos debates acerca da sua adequação ao conceito da diferenciação funcional, tal como formulado originariamente por Luhmann.

O *déficit* de concretização das pautas normativas do sistema jurídico, em especial no Brasil, parece estar mais intimamente ligada ao problema da expansão dos direitos de cidadania, não guardando relação com a falta de autonomia do direito. Isso porque a desigualdade social estrutural aparece como relevante problema no Brasil, corroborando no entendimento de que as dificuldades enfrentadas na concretização dos direitos constitucionalmente assegurados não decorreriam da falta de autonomia do sistema jurídico, mas sim da sua incapacidade de dar conta de demandas de uma sociedade altamente excludente.

5 Referências

ALENCAR NETO, Manoel César. A constitucionalização simbólica: a periferização do centro e o Estado de Exceção como paradigma de governo. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v.9, n. 2, p. 175-194, jul/dez 2008.

AMATO, Lucas Fucci. Sociologia dos direitos humanos: diferenciação funcional e experimentalismo democrático. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO (ANDHEP), São Paulo. **Anais – Políticas públicas para a segurança pública e direitos humanos**. São Paulo: ANDHEP, 2014.p.1-20. Disponível em:<http://www.academia.edu/6869003/Sociologia_dos_direitos_humanos_diferencia%C3%A7%C3%A3o_funcional_e_experimentalismo_democr%C3%A1tico>. Acesso em 10 de novembro de 2014.

NEVES, Eduardo. O TRF da 5ª Região e a criação do Direito: por um translegalismo das decisões judiciais. In: Congresso Internacional em homenagem a Cláudio Souto, Pernambuco. **Anais – Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**. Pernambuco, 2009. p.193-209. Disponível em: <https://www.ufpe.br/moinhojuridico/images/documentos/moinho_luhmann.pdf>. Acesso em 01 de janeiro de 2015.

- AVRITZER, Leonardo. Reforma Política e Participação no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Orgs.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
- CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011b.
- COELHO, Ana Sylvania da Fonseca Pinto; FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. Força simbólica da Constituição de 1988 e transição democrática: proposta de compreensão do processo constituinte como permanente e descontínuo. In: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - Justiça de Transição: verdade, memória e justiça, 2012, Florianópolis. **Anais eletrônicos**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=131>>. Acesso em 04 dez. 2013.
- DAHL, Robert. *Es democrática la constitución de los Estados Unidos?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- GOMES, Fernando A. Constitucionalização simbólica ou constitucionalidade-simulacro? Exclusão, periferização e soberania popular no Direito Constitucional brasileiro. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 22, jul-ago/2008. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/537/988>>. Acesso em 07 set. 2013.
- GUASTINI, Riccardo. *A “constitucionalización” del ordenamiento jurídico*. In: CARBONELL, Miguel. (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003.
- KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese do Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.41-98.
- KOWARICK, Lúcio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil Urbano. **Novos Estudos**, n.63, p. 9-30, jul. 2002.
- LIMA, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 4, n. 4, jul-dez. 2008.
- LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 76, p.17-41, nov. 2006.
- LINS, Breno Gustavo Valadares. **A separação dos poderes na Constituição de 1988: uma análise à luz da teoria dos sistemas**. Recife, 2011. 225f. Tese (Doutorado) - Pós-Graduação em Direito no Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 2011.
- _____. Brasil: 20 anos de redemocratização – uma análise da Constituição Federal de 1988 a partir da teoria dos sistemas sociais. **AFDUDC**, n. 11, p. 997-1012, 2007.
- LUHMANN, NIKLAS. *Los derechos fundamentales como instutucion*. *Aportación a la sociologia política*. México:Universidad Iberoamericana, 2010.
- _____. *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate e Dario Rodrigues Mansilla. Cidade do México: Editorial Herder/Universidad Iberoamericana/Deutscher Akademischer Austausch Dienst, 1993.
- _____. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MARTINS, José de Souza. **Exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Paulus, 1997.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **A Constitucionalização simbólica**. Martins Fontes. São Paulo, 2011.

_____. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da Constituição e Permanência dos fatores reais de poder. **Revista de Informação legislativa**. São Paulo, v. 33, n.132, out-dez 1996.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Constitucionalização desigual, realidade social brasileira e a (in)eficácia constitucional: uma alternativa à teoria da constitucionalização simbólica. In: SANTOS, Gustavo Ferreira. **Constituição e Constitucionalismo**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. **A transformação do Estado**: a passagem do princípio da separação para o modelo da comunicação entre as funções do Estado. São Leopoldo, 2006, 381f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito Público da Unisinos – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11-40.

RODRIGUES, Athanis Molas. A realidade constitucional brasileira e o processo de constitucionalização simbólica. **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, v.1, n.1, p. 132-161, agosto 2011.

SCHWARZ, Roberto. As idéias fora do lugar. In: _____, **Ao vencedor as batatas**, 5.ed., São Paulo: Editora 34, 2005.

SOARES, Gláucio Ary Dilson; RENNÓ, Lucio. **Reforma política**: lições da história recente. São Paulo: FGV Editora, 2006.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SOUZA, Jessé. Niklas Luhmann, Marcelo Neves e o “culturalismo cibernético” da moderna teoria sistêmica. In: DUTRA, Roberto, BACHUR, João Paulo (Orgs.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p.149-182.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.