
CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA – ALOPOIESE E AUTOPOIESE JURÍDICA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

Rafael Diogo Diógenes Lemos¹²

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar os direitos juslaborais insertos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 partindo como premissa a teoria da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves. Explicar-se-á os principais pontos desta teoria, confrontando-a com outros autores, buscando fomentar o debate acerca de soluções para uma maior eficácia social do programa normativo da CRFB/88.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização simbólica; Direitos sociais; Direito Constitucional do Trabalho; normas programáticas; programa normativo; eficácia social.

ABSTRACT

This papers aims to analyze the labor rights in the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 starting premised on the theory of symbolic constitutionalization Marcelo Neves. It will explain the main points of this theory, comparing it with others, seeking to encourage debate about solutions for greater social effectiveness of the regulatory program CRFB / 88.

KEYWORDS: Symbolic Constitutionalization; Social rights; Constitutional Labor Law; program standards; regulatory program; social effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

Buscar-se-á, no presente texto, analisar o tratamento conferido pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) aos direitos laborais, visando especificamente o programa normativo presente no artigo sétimo do texto constitucional, e sua aplicabilidade no plano social bem como motivos que podem levar a uma baixa eficácia destas normas.

39

A análise ocorrerá sob a teoria da constitucionalização simbólica, professada no Brasil por Marcelo Neves, sem se descuidar de buscar reforços em outros autores como Hans Kelsen, Friedrich Muller, Niklas Luhmann, Peter Harbele e Lourival Vilanova. Pretende-se, a partir do estudo destes autores, analisar a viabilidade de uma leitura sistêmica do texto constitucional, confrontando com outros subsistemas sociais.

O primeiro capítulo abordará o conceito de legislação simbólica bem como suas diversas utilizações. Far-se-á necessário convencionarmos termos utilizados por Marcelo Neves e que serão amplamente utilizados no presente texto para a explicação de fenômenos jurídicos e sociais em capítulos posteriores.

Ato contínuo, será explicada a constitucionalização simbólica e a distinção qualitativa do uso da hipertrofia simbólica na constituição, uma vez que a norma constitucional é o ponto de fechamento do sistema jurídico, elemento que permite sua auto poiese normativa e alopoiese gnosiológica sem a perda de sua normatividade ou prejuízo da validade de seu código binário próprio. As estratégias e finalidades da constitucionalização simbólica serão delineadas e apontados suas consequências malélicas e benéficas para a sociedade.

Em capítulo seguinte, abordaremos especificamente os direitos trabalhistas

¹² Rafael Diogo Diógenes Lemos. Mestre em Direito (UFRN). Professor de Direito do Trabalho (FANOR). Rafael.diogo@gmail.com.

previstos pela CRFB/88, como parte integrante dos direitos sociais, que carecem de uma prestação positiva por parte do estado. Estes constituem o *habitat* natural, como será visto, de normas programáticas e que são utilizados como instrumento para a constitucionalização simbólica, com finalidades distintas buscando, na maioria das vezes, uma “lealdade” social, legitimando governantes ou planos de governo.

Por derradeiro, analisaremos a viabilidade da análise da teoria de Marcelo Neves enquanto resposta a problemas de baixa normatividade constitucional no Brasil, confrontando suas ideias com a de outros autores, visando sempre ao debate de conceitos e estratégias que propiciem alta eficácia social das normas constitucionais, reduzindo o abismo existente entre realidade e programa normativo.

2 A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA - UMA NECESSÁRIA CONVENÇÃO DE TERMOS

Antes de adentrar especificamente na constitucionalização simbólica, caberá delimitar o que se entende por legislação simbólica bem como suas principais funções. A análise da legislação como símbolo aparece como uma “superação” da visão kelseniana do Direito, que preconizava uma “teoria pura” e, portanto, alheia à realidade adjacente.

Preconizava Kelsen que a teoria pura do Direito visava a estudar única e exclusivamente seu próprio objeto, o Direito, e não uma ordem jurídica em particular.¹³ Ao excluir da análise do cientista jurídico o conhecimento de outros subsistemas que admitiu serem de vital importância para a realidade social¹⁴, não os menosprezou, mas, tão somente, buscou um direcionamento do objeto de estudo, buscando a normatividade e a “pureza” da ciência. Com isso, estruturou um modelo autoreferenciado de direito, de fundamentação dinâmica, separando a norma jurídica da realidade social, buscando uma maior normatividade do ordenamento jurídico.

Alvo de críticas pela impossibilidade da “pureza” do Direito, a teoria kelseniana sofreu diversas críticas¹⁵ foi superada pela teoria sistêmica de N. Luhmann¹⁶, ao estabelecer o Direito como um sistema normativamente fechado mas cognitivamente aberto, sendo este o fundamento de sua revitalização. Com isso, buscava-se legitimar o Direito com base em normas e métodos próprios sem descuidar-se dos *inputs* do sistema social, econômico, religioso ou moral. Os conceitos sociais, morais e econômicos são tidos como importantes e necessário para a sociedade, mas que devem ser estudados e analisados por estudiosos de cada área do saber, em uma nítida especialização de conteúdo. A normatividade do direito será alcançada através do próprio sistema jurídico, através de seus comandos, sanções e decisões judiciais.

Marcelo Neves conceitua a legislação simbólica como aquela em que privilegia-se o significado “político-ideológico” em detrimento de seu sentido normativo-jurídico.¹⁷ É, em outras palavras, a invasão de códigos binários de sistemas extrajurídicos (como o sistema econômico ou o político) no sistema jurídico, enfraquecendo-o.

13 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

14 KELSEN, Hans. *O Que é Justiça?* Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

15 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Pura do Direito: Repasse crítico de seus principais fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

16 LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

17 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 29.

O simbolismo da legislação, ou seja, a interpenetração de sistemas jurídicos e sociais, não é pernicioso *per se*, podendo servir a finalidades diversas de acordo com a realidade em que se mostrar. Assim, Neves estabelece que a legislação simbólica poderá ser repartida naquela cuja função primordial é a confirmação de valores sociais, a “legislação-álibi” e aquela usada como fórmula de compromisso dilatatório.¹⁸ Tais subespécies de legislação simbólica são consideradas tipos ideias e dificilmente ver-se-á isoladamente cada caso em um determinado ordenamento ou legislação. O mais comum é a presença de aspectos de cada tipo no ordenamento, sendo inclusive mutáveis de acordo com a evolução social.

2.1 Legislação simbólica como confirmação de valores sociais

No primeiro tipo, tem-se uma tentativa de vitória legislativa de determinado(s) grupo(s) social(is), sendo-lhes necessário implantar uma ideia ou ideologia no campo normativo, a despeito de sua reduzida eficácia social. Assim, procuram influenciar a atividade legiferante, proibindo ou estimulando certas condutas de acordo com os anseios do grupo popular. Marcelo Neves exemplifica caso atual sobre a legislação sobre estrangeiros na Europa. O debate acerca de leis mais rigorosas ou flexíveis sobre o tema mostrariam somente a visão dos nacionais sobre o assunto, a despeito de uma provável pouca normatização ou eficácia social da lei.¹⁹

A utilização da legislação simbólica como confirmação de valores sociais tem a função de segregar ou aglutinar um determinado grupo ou grupos que partilham dos mesmos valores sociais. As ações afirmativas no Brasil – especialmente as cotas em concursos públicos, universidades e outras ações específicas – tem alavancado uma luta social, exacerbando as “diferenças” entre raças, ou entre pessoas com deficiência²⁰ a despeito da igualdade entre as pessoas e a necessária da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo e cor (art. 3º, IV Constituição da República Federativa do Brasil).

41

2.2 A “Legislação-álibi”

A segunda espécie trazida por Marcelo Neves é a “legislação-álibi”, cujo objetivo primeiro seria a legitimação dos representantes do povo, produzindo “confiança nos sistemas político e jurídico.”²¹ Nesse caso, o legislador busca apoio da população ou descarregar-se de pressão social, positivando anseios populares sem a pretensão de concretizá-los ou mesmo sabedor da dificuldade de sua efetivação.

O primeiro aspecto que se deve observar na “legislação-álibi” é que é o povo, ou os grupos sociais, que seriam “beneficiados” por este tipo de legislação simbólica, é manipulado por seus representantes, enquanto instância de legitimidade, ao passo que o abandona na efetivação destas normas. F. Muller explica que:

“O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A inonização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ a população, em mitifica-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa

18 *Idem, ibidem. p. 33.*

19 NEVES, Marcelo. *op. cit. p. 35.*

20 Vide Lei 13.146/15

21 NEVES, Marcelo. *p. 36.*

R
E
V
I
S
T
A

população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência – ‘notre bom peuple’²²

Assim, a legislação-álibi pode servir para legitimar qualquer representante, a partir de um *estelionato* democrático, quer em períodos pré-eleitorais, em que é comum os políticos prestarem contas das normas por eles criadas – independentemente de sua eficácia social – bem como, em períodos de insatisfação popular, como meio de calar a sociedade, juridificando os anseios populares.

Além destes casos em que se apresenta como “reação substitutiva” aos manifestos sociais²³, a legislação álibi serve também como um meio de exposição simbólica de instituições, dando-lhes ares de funcionalidade e importância no Estado de Direito.

A “legislação-álibi” não apenas deixa os problemas sem solução, como também dificulta com que sejam resolvidos.²⁴ Ademais, ao utilizar anseios populares ou valores almeçados pela sociedade, consiste em um meio de ludibria-la, em claro ato de deslegitimação democrática e de indevida invasão do círculo jurídico pelo campo social ou econômico.

2.3 Legislação Simbólica como Fórmula de Compromisso Dilatório.

A última espécie trazida por Marcelo Neves visa a adiar a solução de problemas sociais, através de compromissos dilatórios, positivando normas sem sanção (normas primárias sem normas secundárias) ou com baixa probabilidade de concretização.

42

A legislação brasileira está repleta deste subtipo de legislação simbólica, em especial a CRFB/88. A presença em massa de normas programáticas e normas de eficácia diferida no plano constitucional serviu para consolidar acordos entre posições divergentes, à época da constituinte, prevalecendo, em quase todas as discussões, as ideias levantadas pelo grupo social denominado “Centrão”, que visava a uma nova ordem constitucional, independentemente de sua eficácia, postergando para momento posterior a concretização do disposto na Constituição a ser aprovada.

As normas de eficácia limitada, que são aquelas que demandam legislação posterior para delimitar-lhes o conteúdo, não são autoexecutáveis, dependendo de atividade legislativa posterior para que sejam efetivados os efeitos jurídicos nela dormentes.²⁵ As normas programáticas, a seu turno, são conceituadas como “promessas cujo conteúdo há de ser ministrado ou estabelecido *a posteriori* pela autoridade legislativa interposta”²⁶

A análise da CRFB/88 nos dá inúmeros exemplos de ambas as normas, sendo ainda mais comuns as normas programáticas, que são espécies de normas de eficácia limitada. O art. 7º, *habitat* natural dos direitos sociais no campo constitucional (a despeito de serem encontrados em outros artigos, como art. 217, 227, dentre outros) é composto quase que exclusivamente de normas programáticas ou que dependem de densa interpretação pelo aplicador da norma que dificulta sua aplicabilidade ao passo que também serve de legitimador (“legislação-álibi”) perante a sociedade.

R
E
V
I
S
T
A

22 MULLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 71.

23 NEVES, Marcelo. *op. cit.* p. 38

24 *Idem, ibidem.* p. 39.

25 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

26 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

A Constituição é vista por Marcelo Neves como um acoplamento estrutural entre política e direito²⁷, assim entendida como fator e produto de diferenciação entre direito e políticos como subsistemas do sistema social. O autor se distancia de aproximar conceitos axiológicos ou apriorísticos de Constituição, como uma “limitação jurídica ao governo” ou como um “declaração de valores político-jurídicos preexistentes”²⁸ fixando-se no conceito de N. Luhmann de direito como sistema normativamente fechado e cognoscitivamente aberto, como já explicado alhures. Assim, apesar de aceitar a importância de conceitos de diferentes áreas, estes deverão ingressar no Direito através de mecanismos criados pelo próprio subsistema jurídico, sem o qual não terá validade. Lourival Vilanova explica que:

“É através de valoração normativa, pois, que se inicia a coleta do fato jurídico, e é a norma que impede a passagem para uma experiência infinita, sempre retificando as proposições empíricas adquiridas, nunca, como Kant vira, adquirindo validade necessária e universal. A verdade entra, sim, em boa parte no mundo jurídico, mas entra mediante norma, através de valoração que a norma toma como seu fundamento axiológico.”²⁹

A Constituição é vista como um subsistema do sistema jurídico e, com isso, mecanismo de autonomia operacional do direito, posto que é a norma que dá legitimidade a todo um ordenamento jurídico e que possibilita a abertura cognitiva para a recepção de valores extrajurídicos a partir do código binário lícito/ilícito.³⁰

Essa hierarquização interna – já antevista por Kelsen que, contudo, viu-se obrigado a lançar mão da norma hipotética fundamental como elemento último de legitimação do sistema jurídico – é a condição de reprodução autopoietica do Direito, ao passo que dá soluções para a “reinvenção” constante, a partir da criação de novas leis ou outros mecanismos. A Constituição determina até que ponto o direito poderá se remodelar sem a necessidade de abrir-se normativamente a outros sistemas, permitindo o ingresso de códigos binários “ter/não-ter”, “poder/não-poder” ou outros sobrepondo-se ao “lícito/não-lícito” próprio do sistema jurídico.

Por isso, a Constituição simbólica é fenômeno social mais grave do que a legislação simbólica pois permite uma sobreposição de outros subsistemas ao sistema jurídico, impactando negativamente a normatização do ordenamento jurídico. Substitui-se, aqui, a autopoiese jurídica pela sua alopoiese, ou seja, a ingerência indevida de outros subsistemas sociais ao subsistema jurídico.

Para o autor, a constituição simbólica pode ser entendida sob os mesmos três subtipos explicados anteriormente, quais sejam, enquanto álibi, fórmula de compromisso dilatatório ou, por derradeiro, como confirmação de valores sociais, sendo comum a verificação de mais de uma espécie em uma mesma constituição ou mesmo ocorrendo uma mutação entre elas com o passar do tempo.

A simbologia da Constituição é constantemente vista através das normas programáticas, em especial em sociedades periféricas, em que são utilizadas largamente

27 NEVES, Marcelo. *op. cit.* p. 64

28 *Idem, ibidem.* p. 65

29 VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: NOESES, 2005.

30 NEVES, Marcelo. *op. cit.* p. 69.

com caráter “hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional”³¹. A adoção de programas finalísticos constitucionais – geralmente encampando valores sociais de aceitação geral – é desejável mas utilizado para finalidades outras (como álibi ou como fórmula de compromisso dilatatório) e desvirtuando a finalidade precípua destas normas. Não advém deste fenômeno normatividade imediata ou mediata, constituindo em “letra morta em um sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social.”³² Pode-se dizer que a utilização de normas programáticas no texto constitucional, como fenômeno da constitucionalização simbólica, constitui em elemento de redução do povo como ícone da pseudo-legitimação democrática e do agir estatal.

A constituição simbólica poderá, então, passar a ser um fator de desconfiança na própria figura do Estado, incitando a sociedade na busca por melhorias e efetivação da norma constitucional. Esse fenômeno cíclico em comunidades periféricas poderá levar a dois caminhos diametralmente opostos, quais sejam, a concretização da norma constitucional ou a elaboração de legislação simbólica ou outra constituição simbólica levando a uma perpetuação da alienação popular.

“Enquanto mediante a ‘lealdade das massas’ o *welfare state*, caracterizado por ‘Constituições normativas’, põe os conflitos de classe no segundo plano ou ‘domestica-os’, possibilitando o desenvolvimento das chamadas ‘regras do silêncio’, as experiências da constitucionalização simbólica, presentes sobretudo nos Estados periféricos, são marcadas pela incapacidade de uma superação ou controle satisfatório da questão social e, portanto, do conflito de classes, o que torna improvável o desenvolvimento estável de ‘regras do silêncio’ democráticas.”³³

44

A sociedade hiperpolitizada, decorrente da manifesta ingerência do poder político sobre o jurídico, em casos de constitucionalização simbólica, contrapõe dois pólos de cidadãos, no que tange ao acesso a direitos e prestações estatais básicos. De um lado, o sobreintegrado que tem acesso às prestações positivas do Direito, sem ser objeto de suas prestações negativas (coações e regras); de outra banda, o subintegrado que é dependente das prestações estatais, sem a ela ter acesso. Estes, marginalizados pela própria sociedade que, em regra, os igualou perante o resto da população, serão, paradoxalmente, o principal destinatário dos legisladores enquanto instância de atribuição de legitimidade³⁴ ou enquanto “álibi”.

4. OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS ENQUANTO NORMAS SIMBÓLICAS

É forçoso reconhecer que os textos normativos que estampam direitos sociais previstos na CRFB podem ser classificados como simbolismo, seja na sua função de “álibi”, de confirmação de valores sociais ou mesmo enquanto fórmula de compromisso dilatatório. Essa declaração não é exclusiva para o direito brasileiro³⁵ uma vez que, por carecerem de atos e políticas públicas para sua efetivação, são o palco apropriado para a manipulação ou

31 NEVES, Marcelo. *op. cit.* p. 115.

32 *Idem, ibidem.* p. 116

33 NEVES, Marcelo. *op. cit.* p. 125.

34 MULLER, Friedrich. *Op. cit.* p. 60.

35 COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales em Perspectiva: La Cara Jurídica de La Política Social. In CARBONELL, Míguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Trotta: Madrid, 2007.

o “estelionato democrático” quando se precisa usar o povo para legitimar ou apoiar uma nova ordem constitucional.

São muitas as dificuldades conhecidas para a implantação dos direitos fundamentais trabalhistas previstos pela CRFB, podendo ser citado o modelo tipicamente patrimonialista de nossa sociedade e de nosso Direito, a jovialidade do direito social frente ao direito privado no Brasil e a formação de nosso mercado de trabalho, de grande parte informal e que, por isso, não é beneficiado por grande parte dos direitos elencados no art. 7º da Constituição. A consequente baixa normatividade do texto jurídico é usada como alibi pelos governantes ou, no máximo, como maneira de adiar a solução de um determinado problema.

A “hipertrofia simbólica” usada no sétimo artigo da CRFB/88 se, por um lado, é carente de normatização e, muitas vezes, tida como “letra morta” por quem o interpreta, tem também a importante função de chamar a atenção da sociedade para seus direitos e a consequente busca por melhorias por parte da sociedade diretamente ou através de seus representantes. À medida que é ressaltada a diferença entre o plano constitucional e a realidade social, cresce a insatisfação popular, desaparecendo a “lealdade das massas” que pressuporia um estado de bem-estar eficiente³⁶. A constitucionalização simbólica propicia o surgimento de movimentos envolvidos na realização de valores constitucionais, aumentando a massa crítica de integrados sociais, ampliando a “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”³⁷ e contribuindo com a consciência constitucional da sociedade.

A análise do art. 7º, IV caracteriza-se nitidamente como uma “hipertrofia simbólica”, ao estipular que o salário mínimo deverá atender às necessidades básicas de uma família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Ao trazermos esta previsão para a realidade social, confrontando o programa normativo com o âmbito normativo³⁸, tem-se como uma “realidade inconstitucional”, ou seja, uma clara sobreposição do subsistema político ou econômico ao sistema jurídico, enfraquecendo a autoreferenciação do direito e prejudicando sua própria normatividade.

A constitucionalização simbólica poderá ser a causa de sua própria extinção ou de seu perpetuamento. É que, enquanto utilizada como forma de determinação de valores sociais, levará à insatisfação de certos grupos sociais que não constatarem consequências práticas do que se encontra no texto constitucional. A perda da “lealdade” deste povo utilizado enquanto atribuição de legitimidade acarretará pressão popular que trará reformas constitucionais ou uma “desconstitucionalização”, usada como panaceia para todos os problemas constitucionais.³⁹ A simples alteração da constituição (ou da legislação infraconstitucional) terá o mesmo efeito, enquanto servirá como alibi durante um certo período e postergará a solução do problema para momento posterior, ganhando o apoio popular neste íterim.

Marcelo Neves aponta que a simples desconstitucionalização ou desjuridificação não são soluções mágicas e são utilizadas acriticamente enquanto discurso no Estado democrático de direito.⁴⁰ Todavia, a real solução da baixa normatividade da constituição

36 NEVES, Marcelo. *op. cit.* p. 189

37 HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

38 MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

39 NEVES, Marcelo. *op. cit.* p. 187.

40 *Idem, ibidem.*

vem na alteração das condições sociais para a implementação do programa constitucional o que depende de um perfeito funcionamento e autoreferenciação dos subsistemas sociais, inexistindo sobreposição de valores de uns sobre os outros.

5. CONCLUSÕES

A legislação simbólica, enquanto uso hipertrófico dos simbolismos no texto legal, consiste em ingerências de subsistemas sociais como o político, religioso ou econômico sobre o sistema jurídico, impossibilitando ou enfraquecendo a autopoiese do sistema impactando diretamente na normatividade das prescrições legais de um determinado sistema. Utilizada, basicamente, com três finalidades, quais sejam, enquanto confirmação de valores sociais, enquanto *álibi* ou como fórmula de compromisso dilatatório, não será boa ou má *per si*, podendo trazer efeitos benéficos ou maléficos à sociedade.

Neste ponto, ao estudarmos a teoria de Marcelo Neves, não resta claro uma identificação objetiva dos três principais subtipos de legislação – ou constitucionalização – simbólica, sendo claro, ainda, que o mesmo texto normativo poderá ser utilizado para as três finalidades diferentes em ocasiões ou momentos históricos distintos, de acordo com a necessidade. Ou seja, a constituição simbólica pode ter sido promulgada enquanto “*álibi*”, visando ao apoio popular e como confirmação de valores sociais, para angariar a adesão social de grupos diferentes e ser, também, uma fórmula de compromisso dilatatório, postergando indefinidamente a resolução de problemas através do uso excessivo de normas programáticas, como é o caso da CRFB/88.

46

Ao tentar superar a teoria kelseniana da “Teoria Pura do Direito”, o autor pernambucano deixa sem solução indagações sobre a necessária efetivação social do direito, aqui entendida como a aplicação à sociedade do programa normativo previsto constitucional ou infraconstitucionalmente ou, em outra ocasião, remete a um “ciclo de leis simbólicas”, uma vez que demonstra ser comum o uso de leis simbólicas substituindo outras leis assim adjetivadas enquanto “regra de silêncio”, conseguindo a legitimidade social e permitindo uma alopoiese jurídica, sobrepondo-se códigos binários “ter/não-ter” ou “poder/não-poder” sobre o código binário “lícito/não-lícito” e enfraquecendo, pois, a normatividade do Direito.

A CRFB/88 foi promulgada como uma norma necessária para suplantando um regime ditatorial e precisava, para ser respaldada pela população, ser tida como uma constituição “cidadã” e incluir direitos, garantias e prestações estatais, implantando o *welfare state* a despeito da pouca probabilidade da efetivação de grande parte dos direitos sociais nela inscritos. A ampla utilização pela jurisprudência atual da reserva do possível, do estado de inconstitucionalidade das coisas ou da “lei ainda constitucional” nos demonstram esta afirmação.

O uso da hipertrofia simbólica na legislação constitucional e infraconstitucional em países periféricos é prática recorrente, escudando-se na legitimidade do *welfare state* que promete uma inclusão de todos e uma maior distribuição de direitos fundamentais para a sociedade, em especial aqueles que carecem de um *facere* estatal. Os direitos fundamentais de segunda dimensão – direitos sociais, englobando direitos relacionados ao trabalho, à saúde, ao lazer, à cultura e à seguridade social, em suma – constituem meio apropriado para a manipulação da sociedade, conquistando-se a legitimidade necessária para a sustentação e o apoio popular de uma lei ou um determinado governante. À medida

que a população se apercebe da distância entre a realidade social e o programa normativo, faz-se necessário fazer novas concessões e promessas, através do uso de nova legislação simbólica, perpetuando esse ciclo vicioso.

Ao contrário de Hans Kelsen, que busca uma normatividade do direito através do próprio direito, admitindo tão somente a ampla ineficácia de um determinado sistema jurídico como causa de sua invalidade, Marcelo Neves assume que a aplicação prática dos direitos previstos por lei ou pela constituição carecem de atividades extrajurídicas. A autopoiese normativa, para o autor, parece uma utopia, sendo sempre o direito dependente gnosiológica e normativamente de outros subsistemas, em especial o político e o econômico, para a sua correta eficácia.

Os direitos trabalhistas previstos na CRFB/88 constituem como exemplo nítido de normas “pseudoprogramáticas” que tiveram como objetivos primordiais, à época da promulgação do texto constitucional, a busca da legitimidade popular, o adiamento da resolução de conflitos e problemas e a confirmação de valores sociais buscados pela sociedade brasileira. As conquistas obtidas neste campo advieram de uma força política ou força popular que sobrepuseram-se ao mundo jurídico, restando ainda muito a ser conquistado pelos cidadãos, apesar da nítida previsão constitucional de seus direitos.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales em Perspectiva: La Cara Jurídica de La Política Social. In CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Trotta: Madrid, 2007.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. **O Que é Justiça?** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.
- MULLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito: Repasse crítico de seus principais fundamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: NOESES, 2005.

47

R
E
V
I
S
T
A



48

R
E
V
I
S
T
A



TERRA E CULTURA - Ano 33 - Edição nº 64