



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

THYAGO VIRGÍLIO ALVARES DE MOURA SALLENAVE

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A NÃO REALIZAÇÃO
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL**

Brasília

2015

THYAGO VIRGÍLIO ALVARES DE MOURA SALLENAVE

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A NÃO REALIZAÇÃO
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Rodrigo Augusto Lima
de Medeiros

Brasília

2015

MOURA SALLENAVE, Thyago Virgílio Alvares de Moura Sallenave.

A Constitucionalização simbólica e a não realização do Estado democrático de direito no Brasil.

... fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Professor Rodrigo Augusto Lima de Medeiros

THYAGO VIRGÍLIO ALVARES DE MOURA SALLENAVE

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A NÃO REALIZAÇÃO
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Rodrigo Augusto Lima
de Medeiros

Brasília, de de 2015.

Banca Examinadora

Rodrigo Augusto Lima de Medeiros

Orientador

Examinador

Examinador

A Virgem Maria Imaculada Conceição Mãe de Deus.
Pela obediência na Fé, pela Pureza de Espírito, Coração, Corpo
e Alma e consagração.

AGRADECIMENTOS

Ao Diviníssimo Espírito Santo pelo discernimento.

A minha Mãe, Lindomar Alvares de Moura e Brito, por me amar, tolerar e orientar.

Ao meu Avô Salduíno Alvares de Moura, a minha Avó Ana Gomes de Moura e ao meu tio Valter de Almeida Pinto, por terem sido grandes brasileiros, essenciais na minha formação.

Ao Professor Rodrigo Augusto Lima de Medeiros por acreditar no tema e me dar liberdade e autonomia para trabalhar.

Ao Professor Marcelo da Costa Pinto Neves pela Excelência máxima no direito mundial e pela abertura da hipótese de trabalho.

Ao Professor Olavo Luiz Pimentel de Carvalho pelo incentivo e coragem transmitidas.

“Por fim, Meu Coração Imaculado triunfará.”
(Nossa Senhora de Fátima 1917).

“O filósofo é o homem mais desprovido que existe. Ele só dispõe da sua inteligência, nada mais.” (Mario Ferreira dos Santos).

RESUMO

A Constitucionalização simbólica é uma teoria da filosofia e sociologia do direito elaborada por Marcelo Neves, segundo a qual a Constituição Federal de 1988 e seus princípios fundamentais não foram concretizados normativamente. Todo complexo jurídico-normativo principiológico é usado de maneira retórico-ideológica para manutenção das relações de poder existentes. Tal estudo, baseia-se em uma abordagem crítica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a qual determina a autopoiese do sistema jurídico como autonomia operacional deste sistema. Porém, no Brasil, ocorre a alopoiese do sistema jurídico e o bloqueio desta mesma autonomia operacional, tendo por consequência a corrupção sistêmica. Ocorrerá então a desconstitucionalização da realidade vivida pelo cidadão bem como uma desjuridicização da realidade constitucional, transformando o Estado democrático de direito em uma ilusão ideológica sem efeito na realidade. O presente trabalho conceitua os fenômenos relacionados e demonstra os efeitos macrossociais inerentes à constitucionalização simbólica e à corrupção sistêmica. Por exemplo, o surgimento da mistanásia e o alto índice de mortes violentas no país. Observa-se, também, a não delimitação jurídico-semântica do macro princípio da dignidade da pessoa humana e seu uso retórico-ideológico, e a não possibilidade de vivenciar este princípio/norma por parte da população. Tais características demonstraram a não realização do Estado democrático de direito no Brasil no período correspondente a Nova República que abrange a história do Brasil desde a Constituição de 1988.

Palavras-chave: Niklas Luhmann. Marcelo Neves. Constitucionalização simbólica. Alopoiese do direito. Corrupção sistêmica. Autonomia do direito. Dignidade da pessoa humana. Estado constitucional. Democracia. Mistanásia. Genocídio brasileiro. Violência institucionalizada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	17
1.1. A realização do Estado democrático de direito.....	17
1.1.1. <i>O acoplamento estrutural entre política e direito.....</i>	<i>17</i>
1.1.2. <i>Subsistema do sistema jurídico.....</i>	<i>18</i>
1.1.3. <i>Mecanismo de autonomia operacional do direito.....</i>	<i>18</i>
1.1.4. <i>Função social prestação política.....</i>	<i>20</i>
1.1.4.1 <i>Direitos fundamentais (diferenciação funcional) e estado do bem estar (inclusão).....</i>	<i>20</i>
1.1.4.2 <i>Regulação jurídico-constitucional do procedimento eleitoral.....</i>	<i>21</i>
1.1.4.3 <i>Divisão dos poderes.....</i>	<i>22</i>
1.1.5 <i>Expectativas normativas congruente generalizadas.....</i>	<i>23</i>
1.2. A Constitucionalização simbólica.....	25
1.2.1. <i>A Constitucionalização simbólica em sentido negativo.....</i>	<i>25</i>
1.2.2. <i>A Constitucionalização simbólica em sentido positivo.....</i>	<i>27</i>
1.2.3. <i>A Constitucionalização simbólica como um álibi.....</i>	<i>28</i>
1.2.4. <i>A Constitucionalização simbólica como desconstitucionalização fática.....</i>	<i>30</i>
1.3. Alopoiese do direito.....	31
1.4. Corrupção sistêmica	35
2. A NÃO CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS (DIREITOS FUNDAMENTAIS) E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	42

2.1. A práxis principiológica e a corrupção sistêmica	42
2.2. Corrupção sistêmica e aplicação das regras e princípios e regras constitucionais	44
2.3. Dignidade da pessoa humana.....	48
3. A NÃO CONCRETIZAÇÃO NORMATIVO JURÍDICA DOS DIREITOS COLETIVOS E NÃO REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	54
3.1. O direito fundamental a saúde no Brasil: o retrato da exclusão – A mistanásia.....	57
3.2. Morticínio por crimes hediondos no Brasil – o caos da segurança pública e o genocídio brasileiro	62
3.3. A desestruturação e a não realização principiológica dos direitos fundamentais da Constituição de 1988	67
3.3.1. <i>a inefetividade e ineficácia jurídico constitucional das garantias constitucionais.....</i>	<i>68</i>
3.4. considerações finais.....	71
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

A Nova República, período da história do Brasil que vai da promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje (1988 a 2015), representou um período de significativos avanços econômicos e sociais. O século XX foi marcado por duas grandes guerras e um grande conflito ideológico, neste contexto, nossa nação passou por adversidades sociais, revoluções e diversas constituições autoritárias. E após uma ditadura militar que durou 21 anos, a sociedade brasileira obteve uma grande conquista, que foi a entrada do arcabouço jurídico, político e sociológico do país no dito Estado constitucional (Estado democrático de direito).

O Estado constitucional surge a partir dos grandes acontecimentos da história do mundo ocidental construído a partir de momentos como a filosofia grega, o Império romano, a ascensão do Cristianismo, as monarquias europeias da Idade Média, a descobertas das Américas, as relações escravagistas com a África, a invenção dos estados nacionais, as revoluções iluministas, industrial e marxista, as catástrofes da primeira e segunda guerras mundiais, bem como desenvolvimento econômico mundial, a massificação da miséria e da pobreza principalmente nos países subdesenvolvidos e o crescimento da população humana em todo o globo.

Nesse sentido, 2.500 anos de história produziram um modelo de Estado político-jurídico democrático que se pauta na dignidade da pessoa humana e no legalismo do Estado de direito e que procura incluir todos os cidadãos a uma série de prestações sociais conhecidas como estado do bem estar (*welfare state*). Tal sistema ainda tornava presente a cidadania, a igualdade perante a lei, os direitos políticos, direito à educação, à saúde e à proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, entre outros direitos individuais. Tudo garantido por uma lei maior, uma meta linguagem epistemológica que controlaria todo o complexo normativo do direito positivo existente, a carta política do Estado conhecida como Constituição democrática.

Em 1988 o Brasil surge no cenário da história como um Estado democrático de direito. Finalmente o Estado brasileiro passa a garantir todo plexo princiológico referente as garantias e liberdades individuais e sociais conquistada pela a humanidade e que possibilitaram, pelo menos de certa forma, o desenvolvimentismo econômico, social, ético e

moral nos países do Norte.

A Constituição passa a conter em seu artigo 1º o Brasil como uma República Federativa, uma democracia e um Estado de direito. E garante a soberania do estado e do povo, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, o pluralismo político e que todo poder emana do povo e para o povo. No artigo 2º positiva a teoria da Tripartição dos poderes.¹

No artigo 3º traz os objetivos fundamentais do Estado que são a construção de uma sociedade justa livre e igualitária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização. No artigo 4º objetiva os princípios das relações internacionais como a prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; e a defesa da paz.²

No artigo 5º nos traz os direitos e deveres individuais e coletivos, a igualdade perante a lei, direito a vida, liberdade, e os princípios garantidores da não perseguição do indivíduo pelo Estado. E por fim, no artigo 6º, positiva as conquistas do Estado social, os direitos sociais à saúde, a educação, a segurança, a previdência social.³

O país para a devida transformação miraculosa que necessitava era preciso que se alterasse a relações reais de poder perpetuadas historicamente em 515 anos de história. Essas relações de poder foram originadas por todo colonialismo, escravagismo, patriarcado, coronelismo, clientelismo, patrimonialismo, as oligarquias regionais e a aristocracia elitista parasitária.

Assim, para a eficácia jurídica constitucional ter vigência social plena e para a realização da força normativa da Constituição era de primordial importância a quebra da relação de dominação que o *status quo* exercia perante a estrutura da realidade no Brasil. Ocorre que a estrutura de poder vigente permaneceu intacta no período da Nova República.

Mediante tal percepção histórico-político e social, Marcelo da Costa Pinto Neves, professor da Universidade de Brasília, escreveu a obra a “Constitucionalização simbólica”. Tal teoria nos revela que o Estado constitucional (*Constitutional law*), apesar do desenvolvimento econômico alcançado, não foi concretizado no Brasil, do ponto de vista

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF. 2015 .Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 de março de 2015.

² Ibidem.

³ Ibidem.

normativo jurídico. O texto constitucional é utilizado, com uma forte carga retórica, para legitimar e proteger a real estrutura de poder e dominação, sem que a devida transformação social que era objetivada com a criação da Nova República fosse cumprida, e sem que fosse realizado efetivamente o Estado democrático e suas garantias constitucionais.

Logo, no Brasil não houve a concretização dos direitos fundamentais positivados na Carta Magna e estes ainda são negados à minoria majoritária da população, formando uma grande massa de excluídos. Prejudicando, nesse sentido, a realização do Estado democrático de direito no Brasil.

Mediante este problema que afeta todos os brasileiros, é que foi desenvolvido o presente trabalho. Para a análise da real não concretização dos princípios constitucionais que é caracterizado também como corrupção sistêmica, se buscou os fenômenos macrossociais que assolam a população brasileira por décadas e que com o passar do tempo ficam mais graves. Tais fenômenos são a violência institucionalizada como o caso do alto número de homicídios e o descaso nos atendimentos médicos-hospitalares. Bem como, a não determinação jurídico semântica do princípio da dignidade da pessoa humana pelos agentes do direito.

Utilizou-se como marco teórico a obra Constitucionalização simbólica de Marcelo Neves e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Ainda foram citados os autores: José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, João da Costa Neto, Danilo Porfírio, Hélio Angotti Neto, Hans Kelsen, Eric Voegelin, Hannah Arendt. E ainda, foi observado como base de dados empíricos o anuário de segurança pública do Ministério da Justiça do Brasil e o relatório da anistia internacional. Também foram utilizados diversos artigos acadêmicos referentes ao assunto.

A metodologia adotada foi a sociológico-jurídica e a relativa a pesquisa filosófica. Procurou-se demonstrar a relação direta entre os casos de corrupção sistêmica, os fenômenos patológicos macrossociais, a alopoiese do direito, a não concretização dos direitos fundamentais como fatores que bloqueiam a realização efetiva do estado democrático de direito no Brasil.

Adotou-se os seguintes métodos de pesquisa: (i) revisão bibliográfica de artigos publicados e da doutrina; (ii) análise positiva da Constituição Federal de 1988; (iii) análise e descrição dos fenômenos patológicos macrossociais; (iv) e a descrição explicativa do possível Estado constitucional, na visão da teoria dos sistemas, e a sua não realização mediante a teoria da Constitucionalização simbólica

A presente pesquisa busca levar ao leitor a uma reflexão filosófica sobre a atual

situação política e sociológica do país e tenta explorar a questão do bloqueio da autonomia do sistema jurídico nacional por outros sistemas sociais. Objetiva também a análise sociológica dos problemas nacionais tanto no âmbito jurídico (na escala dos tribunais de Justiça), como ao que acontece “nas ruas”, as dificuldades enfrentadas pela população no cotidiano.

No primeiro capítulo busca-se conceituar o que seria a realização do Estado democrático de direito, e apresenta suas principais características epistemológicas segundo Neves e Luhmann. Também, trabalha-se com o conceito da constitucionalização simbólica em seus dois sentidos (negativo/positivo), e demonstra as questões da desconstitucionalização fática e da constitucionalização simbólica como álibi.

Posteriormente, conceitua-se à alopoiese do direito e seus referentes mecanismos e clarifica como se materializa a corrupção sistêmica. É imprescindível a explicação de todos os conceitos referidos a não concretização da Constituição para correlacionar os problemas históricos nacionais e com a inefetividade do Estado constitucional.

No segundo capítulo evidencia-se o problema da não concretização dos direitos fundamentais pelo Estado brasileiro, e como, tal fato é inerente à corrupção sistêmica. Os direitos fundamentais possuem uma relação direta com a diferenciação funcional da sociedade. A não realização destes princípios e a sua não universalização representa o caso desdiferenciação dos sistemas sociais e jurídico, dando origem à corrupção sistêmica e à alopoiese do direito.

Em um segundo momento procura-se analisar a práxis principiológica utilizada no direito brasileiro por parte dos Tribunais e dos grandes escritórios de advocacia como mecanismo de corrupção sistêmica, porque este vão abusar do uso destes princípios como curingas para ganhos de causas, permitindo, que o poder econômico e as barganhas políticas influenciem as decisões judiciais. Também, como se efetiva a relação entre regras e princípios constitucionais para um possível antídoto contra a corrupção sistêmica.

Por fim, fica claro como a dignidade da pessoa humana é usada de maneira retórica-ideológica para legitimar as injunções particularistas do poder econômico e do poder político sobre o sistema jurídico. Portanto não há a consolidação do campo de atuação argumentativa jurídico-semântica de tal princípio por parte dos agentes estatais e dos advogados. Tais desvios retóricos possuem um efeito devastador para a realização do Estado constitucional, e consequências gravíssimas sob o prisma sociológico dos fenômenos macrossociais. A questão mais relevante é como tal prática de corrupção sistêmica, por aquele

que são responsáveis por defender o direito, podem desconsubstancializar o sentido dos princípios fundamentais como é o caso do direito a vida e da dignidade humana, causando hecatombes sociais.

No terceiro capítulo buscou-se trazer quais são essas hecatombes sociais, e como a prática da constitucionalização simbólica pode ter efeitos quase que apocalípticos perante a população, principalmente para os mais necessitados e excluídos. Explicitou-se como a não concretização real e efetiva dos direitos fundamentais, como exemplo o direito a dignidade humana, direito a vida, a liberdade a segurança e a saúde, podem provocar uma crise social sem precedentes que pode levar a população quase ao extermínio.

A questão grave é como o Estado brasileiro, que na Nova República, surgiria para defender o cidadão e promover a justiça, igualdade perante a lei e cidadania, se revela como o grande leviatã e grande inimigo do cidadão comum. Isso pela a incapacidade do Estado em proteger o indivíduo-cidadão e pelo “autismo jurídico” e insensibilidade da elite política e econômica em relação as patologias sociais. Logo, o Estado brasileiro, mediante seus dirigentes, virou um atentado a dignidade da pessoa humana, conseqüentemente aos direitos humanos.

Entre os dados pesquisados evidenciou-se que a cada dez minutos uma pessoa morre assassinada no Brasil e que apenas no ano de 2013 morreram 50.646 pessoas mediante crimes violentos. Tal premissa demonstra que não existe o Estado democrático de direito no Brasil, porque tal fato sociológico abordado é contra todas as conquistas históricas da humanidade que levaram a criação deste instituto estatal. A alta taxa de criminalidade e o morticínio que ocorre no Brasil é contra a natureza epistemológica e fenomenológica do Estado democrático de direito, porque este deve proteger a vida e não desrespeitá-la.

No Estado constitucional não podem ser assassinadas 50.646 (pelos dados oficiais) de cidadãos que vivem sobre a égide deste mesmo Estado. É um total desrespeito ao direito a vida e a dignidade humana que são a espinha dorsal, ou a alma do Estado democrático de direito.

A grande dificuldade de realização de tal pesquisa foi o tema muito desafiador e a conclusão que causa tristeza no coração de qualquer indivíduo envolvido com tal estudo. Porém é necessário haver um debate nacional e até mundial sobre esta questão que assola a população brasileira e que destrói as estruturas sociais e a perspectiva de vida do sujeito individual. E o início para solução do problema é o desenvolvimento de pesquisas que levem

a frente discussão das patologias macrossociais para se chegar a uma solução eficaz e diminuir o sofrimento da população.

Agora pergunta-se, quantas pessoas já morreram, e quantas ainda hão de perder sua vida, na maioria jovens, para que a própria sociedade tome as rédeas de seu destino ou para que a elite política e econômica acorde do seu estado de parasitismo, insensibilidade e hipnose sociais?

É grave a perda da autonomia, da autodeterminação, e da confiança em si mesmo do indivíduo. E triste como ocorre o deslocamento da sua vocação e de seu destino a uma entidade “autista”, seja ela a elite política, a elite partidária ou os agentes estatais que destroem a sociedade. A questão que deve ser enfrentada é: quais são as posturas fundamentais do indivíduo e da sociedade perante o Estado? E se este Estado será clientelista, paternalista, patrimonialista, comunista, totalitarista ou real e efetivamente democrático.

CAPÍTULO 1 – A REALIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

1.1 Estado democrático de direito

Para demonstrar o conceito de Constitucionalização Simbólica, devemos explicitar o conceito de constitucionalização e Estado democrático na visão da teoria dos sistemas e estabelecer um paralelo analítico entre ambas.

A Constituição, em sua natureza estrutural-normativa, se mostra como a “limitação jurídica do poder estatal”. Assim, possuirá como características: 1) a concretização dos direitos fundamentais; 2) a garantia da autonomia do sistema jurídico; 3) a regulação da legitimação procedimental das eleições democráticas, 4) estrutura orgânica do Poder judiciário, Executivo e Legislativo e da administração pública; 5) a determinação do “subsistema jurídico político que busca o inter-relacionamento com os demais sistemas”.⁴

Sob o prisma luhmanniano, defendido pelo Professor Marcelo Neves, o Estado constitucional passa a ser então:

1.1.1 O acoplamento estrutural entre política e direito

O direito e a política são subsistemas da sociedade e possuem autonomia operacional distintas, e auto-referenciais, porém, estão interligadas em abertura cognitiva a um ciclo de dependência e interdependência sistêmicas, formando um “acoplamento estrutural”⁵. O acoplamento estrutural é definido por Luhmann, em razão de que “nenhum sistema pode evoluir de si mesmo”, o sistema será dependente da diferença. Os sistemas podem ser interdependentes, desde que, as autonomias operacionais sejam compatíveis. Como exemplos, Luhmann demonstrou como acoplamento estrutural a consciência e a comunicação, o indivíduo e a sociedade, a política e o direito.⁶

A carta constitucional estabelece a conexão entre os sistemas jurídicos e político inserindo a interdependência comunicativa dos códigos presentes nos dois sistemas (exemplo lícito/ilícito e poder/não poder). Desta forma a estabilidade temporal do sistema é mantida pela preservação da autopoiese inerentes aos sistemas operacionais. Logo, o acoplamento

⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011, p. 64.

⁵ *Ibidem*, p. 66-67.

⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2 ed. Petrópolis-RJ. Vozes. 2009. p. 128.

estrutural é o meio de comunicação e ligação sistêmica dos dois sistemas.⁷

É na Constituição que ocorre a manifestação do fenômeno da diferenciação funcional. Portanto, a definição de Constituição, na teoria sistêmica, é proeminente do acoplamento estrutural entre política e direito. Os dois sistemas são conexos e independentes um ao outro, e tal característica serve para solucionar os problemas auto-referenciais sistêmicos. O direito regula a política, e o sistema político determina e limita a atuação do sistema jurídico, tendo em vista que é respeitado a autonomia operacional dos dois sistemas, e ainda haverá a autonomia recíproca entre os sistemas.⁸

1.1.2 Subsistema do sistema jurídico

Além da definição como acoplamento estrutural, Neves conceitua, o direito constitucional e a Constituição como um subsistema do sistema jurídico. O texto constitucional possui o caráter de normas estruturais de todo sistema (normativização da realidade constitucional). Bem como, a comunicação da fundamentação das prestações e das expectativas constitucionais, tendo como objetivo primordial a vigência social da pragmática semântica constitucional pela concretização da norma imanada da Constituição.⁹

A norma constitucional, como norma jurídica, goza do caráter de “expectativa normativa de comportamento”, e ainda mais “expectativas de comportamento congruentemente generalizadas”. Deve haver a concretização da normatividade constitucional e a plena vigência social da norma constitucional.¹⁰

1.1.3 Mecanismo de autonomia operacional do direito

O direito para Luhmann, é fechado operacionalmente, auto determinado, e aberto cognitivamente, formando assim, o direito positivo. A Constituição jurídica diferenciada bloqueia a “manipulação política e arbitrária do direito”, dando base para a reprodução

⁷ “A Constituição Federal, o acoplamento estrutural (strukturelle Kopplung) entre os sistemas político e jurídico, age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, pois, a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui. Por assim dizer, promove 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, Fernando Rister Souza. *Constituição Federal: o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/68/67>> Acesso em: 15 de outubro de 2014.

⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011, p. 64-66.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem, p. 68.

autopoiética do direito, validando a “hierarquização interna Constituição/lei”.¹¹

O fechamento operacional é um termo essencial para o entendimento da autonomia sistêmica. Os subsistemas adquirem unidade e o sistema operacionalmente fechado se reproduz a partir de seus próprios elementos comunicativos, ou seja, se reproduz a partir de si mesmo. O sistema goza de clausura operacional, se manifesta através de seus próprios elementos, assim, é um sistema auto-referencial e para se manter e sobreviver, deve ser distinto do ambiente que esta inserido, deve ser selecionador e limitar a influência que o ambiente exerce sobre este.¹²

Com isto, surge o sistema autopoiético, o sistema se auto-reproduz e constrói a sua própria estrutura, visa a sua estabilização perante o ambiente e a constituição de sua autonomia, protegendo o sistema perante a perspectiva de desapontamento em relação a multiplicidade de possibilidades, a extrema diferenciação comunicacional, complexidade ambiente e a contingência.¹³

A supercomplexidade social, referente a diferenciação funcional, será incorporada pela Constituição (em seu acoplamento estrutural), e esta determinará o direito positivo. Ou seja, o ordenamento jurídico do país, as normas infraconstitucionais deverão estar de acordo com os preceitos constitucionais. Portanto, o sistema jurídico será cognitivamente aberto e operacionalmente fechado e a formação da autonomia do direito será necessária para a proteção do conjunto de expectativas normativas e imunização em relação ao ambiente e as influencias contraditórias das outras estruturas sistêmicas como a economia, política, ciência, moral e religião.¹⁴

Haverá desta forma a implicação do código sistêmico jurídico lícito/ilícito perante as funções procedimentais do Poder legislativo. E a modificação do direito positivo, do ordenamento jurídico, será mediatizado por normas jurídicas legitimamente orientadas pelo procedimento previsto na Constituição, preservando, assim, a autonomia operacional do

¹¹ Para Neves: validando a “hierarquização interna Constituição/lei, (...) qualquer mudança no direito positivo pelo sistema político, será realizado por normas jurídicas”. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p. 69-71.

¹² Ibidem.

¹³ LIMA, Fernando Rister Souza. *Constituição Federal: o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/68/67>> Acesso em: 15 de outubro de 2014.

¹⁴ Idem. Marcelo. *Luhmann, Habermas e o Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>> Acesso em: 15 de outubro de 2014.

direito.¹⁵

O sistema jurídico, através da Constituição, poderá evoluir e reciclar-se sem que a autonomia operacional do direito seja bloqueada pelas injunções particularistas do Poder político e do racionalismo instrumental da economia.¹⁶

1.1.4 Função social e prestação política

Aqui temos três elementos basilares:

1.1.4.1 Direitos fundamentais (diferenciação funcional) e estado do bem estar (inclusão)

Os direitos fundamentais defendem a Constituição contra uma ordem totalitária, ou seja, contra desdiferenciação. A normatividade constitucional reconhece a “inexistência de um sistema social supremo”, se pautando na supercomplexidade social e na diferenciação social das sociedades contemporâneas.¹⁷

Na visão de Paulo Bonavides os direitos fundamentais se pautam na liberdade do homem e na dignidade da pessoa humana. Em sua conjuntura os direitos fundamentais são inalienáveis e na Constituição Federal brasileira de 1988, tais direitos, recebem um caráter de proteção suprema, não podendo ser suprimidos pelo poder constituinte, são irrevogáveis e possuem como função a construção de sociedade justa, livre e igualitária.¹⁸ O presente constitucionalista manifesta a ideia de que nos países periféricos o Estado de direito, para ser democrático e legítimo, deve se coadunar com o Estado social. As garantias constitucionais sociais e individuais de natureza principiológica formam “a coluna vertebral do Estado de direito”. A legitimidade do Estado democrático de direito se realiza na proteção dos direitos fundamentais.¹⁹

O estado do bem estar, como sendo os direitos fundamentais sociais, se pauta no conceito da inclusão (de todos os indivíduos da população), evitando a participação na vida social de maneira marginalizada²⁰. Para garantir as liberdades civis e a participação política, inerentes ao Estado democrático, se deve fazer a inclusão de toda a população ao acesso dos

¹⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 75.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo-SP: Malheiros editora. 2009. p. 560-578.

¹⁹ *Ibidem*, p. 588-589.

²⁰ NEVES, op. cit., p. 77-78.

direitos fundamentais sociais. Realizando, desta forma, os princípios da diferenciação funcional e inclusão social respeitando a função do direito de congruente generalização das expectativas normativas de comportamento, portanto a vigência social.²¹

1.1.4.2 Regulação jurídico constitucional do procedimento eleitoral

O procedimento eleitoral, de acordo com Afonso da Silva, é o modo no qual o povo participa na formação da vontade do corpo político governamental do país, dando legitimidade às autoridades políticas. O sistema eleitoral será a organização da população eleitora no território nacional através do conjunto de procedimentos e técnicas específicas.²²

Para Luhmann a um alto grau de complexidade no sistema político, e o processo legalmente regulamentado se transforma na “estrutura primária do sistema político”. A essência do sistema procedimental eleitoral dentro da esfera política é marcada pela transferência da soberania do poder político do Estado para o povo. E tal fato aumenta a complexidade do poder e isto exige formas de comportamento, regulamentação e organização mais sólidas de um “momento estrutural permanente” do processo político. Portanto, este último, sua função é de “preservar e reduzir a complexidade política não programada”, assim, a política partidária tem que ser diferenciada especificamente num sistema especial que configure a legitimidade a todo o processo.²³

A legitimação procedimental do sistema eleitoral se faz na concretização da normatividade constitucional referente a tal sistema, logo, é uma “prestação do direito para o sistema político”. Quando o procedimento eleitoral é normativizado pela Constituição, ocorre um bloqueio das injunções dos grupos particularistas ou as sobreposições ideológicas, que possivelmente, poderiam manipular as eleições. A legitimação do sistema eleitoral democrático, pela Constituição Federal, preza pela diferenciação do sistema político o relacionando com a supercomplexificação social.²⁴

²¹ “No plano constitucional, a função de congruente generalização de expectativas normativas é possibilitada, na sociedade moderna, mediante a institucionalização dos direitos fundamentais, que constituem a resposta do sistema jurídico às exigências de diferenciação funcional. Mas, como o princípio da diferenciação funcional é inseparável do princípio da inclusão, a função de congruente generalização de expectativas normativas importa a institucionalização constitucional do Estado do bem-estar.” NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p. 159-160.

²² SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 15º ed. São Paulo-SP: Malheiros Editores. 1998. p. 369.

²³ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília-DF: UNB. 1980. p. 127-129.

²⁴ NEVES, op. cit.

1.1.4.3 Divisão dos Poderes

Com base em tal princípio, é manifestado a diferenciação entre a atividade política e administração pública (sem deixar esta ser politizada), e também, entre Poder Jurisdicional e sistema político, ocorrendo a limitação do poder político. Há nesse sentido, à “introdução de procedimentos de funcionamento diferenciado”, ou seja, os Três Poderes. Na normatividade constitucional se apresenta a estrutura orgânica do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo.²⁵

A não concretização jurídico constitucional da divisão dos poderes, leva à desdiferenciação social funcional e a quebra da estrutura estabilizante sistêmica autopoietica, tendo por consequência, a politização das diferentes esferas sistêmico sociais e a sua colonização pelo Poder econômico. Nesse sentido, a negação da complexidade da sociedade mundial contemporânea, pela não realização do princípio da diferenciação funcional, dá origem à corrupção sistêmica e alopoiese do direito.²⁶

Um dos casos ocorrentes da corrupção sistêmica é a não diferenciação entre política e administração, que leva a não realização dos princípios salutarres da administração pública que são a impessoalidade, moralidade e legalidade.²⁷ Tal premissa representa o surgimento de privilégios aos agentes públicos envolvidos na perspectiva politizante, auferindo na não neutralidade da administração e a não realização do princípio da igualdade. A consequência será a quebra da cidadania e o aparecimento do fenômeno das relações de “subcidadania” e “sobrecidadania”.²⁸

Na visão de José Afonso da Silva, a divisão dos poderes deve seguir duas características fundamentais que são a “especialização funcional” e a “independência orgânica”. Na primeira característica, cada um dos Três Poderes tem funções específicas, seja na organização do Estado, na produção das leis ou no exercício do *kratos* político e jurídico. Na segunda, dever haver independência e não subordinação sistêmico funcional de uma esfera de poder no outro, portanto, as ingerências particularistas serão distintas de “colaboração de poderes”. Ainda na visão do mesmo autor, a separação dos poderes engloba a “independência e harmonia entre os poderes”. A independência não será absoluta, é imprescindível a harmonia, que buscará um equilíbrio na funcionalidade dos Três poderes visando o bem

²⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

coletivo, assim se dará o “sistema de freios e contrapesos”.²⁹

1.1.5 Expectativas normativas congruentemente generalizadas

Na teoria sistêmica, Luhmann, define o direito como estrutura de um sistema social que se fundamenta no conceito de “generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. Tal definição é construída a partir da teoria evolutiva do direito, com base nos ensinamentos de Émile Durkheim, Max Weber e Talcott Parsons.³⁰

Na visão de Durkheim a sociedade é complexa em razão de estar configurada em diferentes sistemas oriundos da divisão do trabalho e da diferenciação funcional. Para Weber o direito é um complexo de normas desenvolvido de maneira autônoma e diferenciada, com funções específicas das outras estruturas sistêmico sociais. Como orienta Parsons, as estruturas normativas são imprescindíveis para formação dos sistemas sociais, logo, a constituição da estrutura dos sistemas sociais se faz nas “expectativas normativas”.³¹

Portanto, na teoria sistêmica, o mundo é passível de duas características que são a alta complexidade e a contingência. Por complexidade devemos entender que é a multiplicidade total de ações e experiências de uma relação de sentido comportamental, intencional ou de conduta. E contingência é a necessidade de desapontamento oriunda dos riscos que se assume das escolhas das ações ou experiências que podem ser diferentes das esperadas. Nesse caso, a sociedade e o mundo da vida são estruturados de maneira complexa e contingente, ou pode-se definir como “complexidade estruturada”, macrosistemas altamente estruturados, no qual o direito seria uma estrutura de um sistema social.³²

O desenvolvimento da sociedade tem no direito uma peça chave, porque este representa, um conjunto fático de vida e ação e se diferencia como estrutura normativa da social, e direito e sociedade são dependentes entre si enquanto subsistemas. O direito é perspectiva de complexidade e contingência vem se estabelecer como “previsibilidade de funcionamento”, ou seja, a expectativa ou estrutura de expectativas visará à garantia de um determinado comportamento, logo, a seguridade e previsibilidade das ações comportamentais, no intuito de redução de desapontamento e de risco nas dimensões temporais, sociais e

²⁹ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 15º ed. São Paulo-SP: Malheiros Editores. 1998. p. 112-115.

³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983. p. 121.

³¹ *Ibidem*, p. 121.

³² *Ibidem*.

materiais com a generalização de expectativas.³³

Para Luhmann, “as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”.³⁴ A norma tem que ser vigente e institucionalizada, logo, a expectativa da vigência contrafática simboliza a expressão “dever ser”. Com base em tal argumentação, temos condições de definir o que vem a ser “expectativa normativa”, como a determinação que reduz o risco de desapontamentos na estrutura sistêmica por estabelecer uma exigência de comportamento correspondente contra o desapontamento (comportamento desapontador) normativizando e o normalizando. Por sua vez, pela seletividade ocorrerá a estabilização da possibilidade de risco e desapontamento, e o desenvolvimento do sistema terá a contribuição da expectativa normativa. O direito será a estrutura seletiva, pois, institucionaliza as expectativas comportamentais e funcionará como imunização das expectativas perante o risco.³⁵

Luhmann identifica a função e ação específica do direito como generalização congruente. As expectativas comportamentais devem ser generalizadas, tem de haver a generalização temporal, social e prática das normas jurídicas, frente a totalidade das possibilidades, e a generalização conduzirá a imunização das expectativas. A congruência se refere a respeito à funcionalidade do direito, que se segue ao problema estrutural da sociedade que é a formação das incongruências da multiplicidade de interesses, ações e intencionalidades dos atores e grupos sociais.³⁶

Nesse sentido, o sistema jurídico objetiva a generalização e segurança social, mediante a produção da congruência seletiva reduzindo o risco da experiência contrafática formalizando funcionalmente a estrutura dos sistemas sociais. Assim, no contexto da evolução social, o direito é imprescindível como base estruturante.³⁷ Logo, a generalização se refere a vigência social da norma.

Por fim, a estrutura do sistema social terá no direito seu alicerce, e este terá como núcleo de ação as “expectativas comportamentais normativas congruentemente generalizadas”. Portanto, na teoria sistêmica da sociedade, o sistema jurídico é

³³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Luhmann retrata: “É por isso que o sistema social tem que orientar e canalizar o processamento de desapontamentos de expectativas – e isso não só para impor eficazmente expectativas corretas (p. ex. normas jurídicas), mas sim para criar a possibilidade de expectativas contrafáticas, que se antecipem os desapontamentos, ou seja: normativas” *Ibidem*. p. 58-76.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 109-123.

consubstancializado a partir da “autonomização funcional do direito”, o direito será liberado das esferas cognitivas culturais, da linguagem, da moral, da ciência, da práxis racional e das visões globalísticas do mundo. O sistema jurídico será fundado no seu código comunicativo, no código diferença próprio que é o lícito/ilícito, será autopoietico, auto-referente, fechado operacionalmente mas com abertura cognitiva e capacidade de aprendizado em relação aos outros sistemas.³⁸

1.2 A Constitucionalização simbólica

A Constitucionalização Simbólica será evidenciada, quando o sistema constitucional (subsistema do sistema jurídico,) é deturpado em suas “linhas mestras”, e não apenas na ineficácia de alguns dispositivos normativos-constitucionais. Todavia, a práxis governamental e a ordenação estatal não concretizam as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais, separação dos Poderes e eleições democráticas, nem lhes dá plena vigência social, desrespeitando assim, o princípio da igualdade perante a lei e da cidadania.³⁹

Os alicerces do sistema jurídico constitucional democrático são os direitos fundamentais, o procedimento eleitoral, a divisão dos Poderes e os princípios da “igualdade perante a lei” e a “dignidade da pessoa humana”. Porém, estes não são efetivamente concretizados e são somente realizados de forma simbólico-ideológica na Constituição e na realidade social. Ou seja, são usados de forma retórico-ideológica para legitimar o Estado democrático de direito perante o público, a sociedade e o contribuinte.⁴⁰

Tal aspecto da teoria constitucionalista se subdividirá em dois sentidos:

1.2.1 Constitucionalização Simbólica em sentido negativo

O fenômeno se manifesta quando o texto constitucional, não possui eficácia e eficiência normativo-jurídica constitucional, o texto não será concretizado, e também, não se realizará as expectativas normativas congruente e generalizadas.⁴¹ Os dispositivos constitucionais, em suas linhas mestras, não exercem plena vigência social, ou seja, a “ausência generalizada de orientação das expectativas normativas” da Constituição. Esta padece em sua normatividade, portanto, não haverá a realização constitucional, que por sua

³⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983.

³⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011, p. 98-100.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem, p. 91-92.

vez, seria a concretização da carta magna em sua amplitude. A concretização deveria incluir a população e os órgãos do Estado responsáveis pela aplicação e a hermenêutica constitucionais.⁴²

Neves define a teoria de Friedrich Müller⁴³ para conceituar a concretização da normatividade constitucional. Os fatores do ambiente se sobrepõem aos procedimentos constitucionais e aos argumentos jurídicos, não implicando a funcionalidade destes, não ocorrerá a “normatividade concreta” e “normatividade materialmente determinada”. Pela primeira entendemos ser a relação que a “norma jurídica tem de influenciar a realidade”. E pela segunda, como a realidade social e constitucional é capaz de influenciar e estruturar a norma jurídica proveniente da Constituição.⁴⁴ Portanto, na concretização desconstitucionalizante ou não concretização da norma constitucional, não haverá uma integração entre os “dados linguísticos” e “dados reais”.⁴⁵

Desta forma, não se realizará a juridicidade da constituição, não haverá a sobreposição do código lícito/ilícito em relação aos códigos ter/não ter, poder/não poder, que por sua vez, representam os outros códigos binários de diferença sistêmica, do âmbito (ambiente) sistêmico social além do código jurídico.⁴⁶

Na visão do Professor Orlando Villas Bôas Filho, a Constitucionalização Simbólica não exerce a função originária do “acoplamento estrutural”, e nesta perspectiva, ocorre a “politização do sistema jurídico” e o bloqueio da concretização da normatividade da Constituição. Contudo, a positividade constitucional perde a sua característica de orientação generalizada das expectativas normativas, e tem por objetivo encobrir os problemas sociais pelo uso retórico político-ideológico, não resolvendo tais problemas históricos. Tal processo desencadeia a “politização desjuridicizante da realidade constitucional”.⁴⁷

⁴² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p. 91-92.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem, p. 84.

⁴⁵ Para Neves: “a norma constitucional não funciona como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada. Ibidem, p. 92.

⁴⁶ Para Neves: ” no caso da constitucionalização simbólica entre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do “mundo da vida”.” Ibidem, p. 93.

⁴⁷ “a constituição simbólica, na qual há sobreposição de lógicas: o sistema político sobre o jurídico. Esse problema específico dos países que compõem a modernidade periférica. Desse modo, esse tipo de constitucionalização simbólica consistiria essencialmente no bloqueio político-destrutivo que obstruiria a reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico, acarretando, com isso, a perda da relevância normativo-jurídica dos textos constitucionais na orientação das expectativas normativas.” FILHO, Orlando Villas Bôas. *A constitucionalização simbólica de Marcelo Neves*. Disponível em: <http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v6/prismaj_v6_6res3.pdf>. Acesso em:

Logo, na Constitucionalização Simbólica, o texto constitucional é violado continuamente e sofre desvios de finalidade, pela práxis dos órgãos estatais. Acontecerá assim, “uma normatividade constitucional restrita”, devido ao fato do “público” ser excluído da realidade constitucional, ou a realidade constitucional ser excludente.⁴⁸ Portanto, Constitucionalização Simbólica está vinculada a exclusão da população, principalmente da parte marginalizada majoritária, aos direitos sociais no processo de concretização da normatividade constitucional.⁴⁹

1.2.2 Constitucionalização Simbólica em sentido positivo

A perspectiva da ausência de concretização normativa do texto constitucional e não normatividade jurídica generalizada estão vinculadas a realidade de que a função da Constituição (nos países periféricos), não é orientar as expectativas normativas no caminho da formação do Estado democrático de direito. As determinações jurídicas da norma constitucional servem para estruturar a práxis retórica de “objetivos políticos concretos”. Ou seja, o uso técnico-retórico dos valores constitucionais (democracia, igualdade, dignidade da pessoa humana) servem como uma “propaganda perante o estrangeiro” para atrair o fluxo de investimento econômico do capital internacional,⁵⁰ e também para legitimar a cobrança dos impostos tributários da população.

Portanto, a Constitucionalização Simbólica surge como a fórmula retórica perfeita (ideal), em que a constituição é usada pelos “donos do poder”⁵¹, de maneira instrumental e ideológica, a fim de não gerar prejuízo, seja de natureza econômica ou política, para os grupos privilegiados, servindo como sustentáculo de manutenção ao *status quo*.⁵² O “constitucionalismo aparente” ou neoconstitucionalismo tem a função de “imunizar o sistema político contra outras alternativas”, nesse sentido, o texto constitucional, nada mais é, do que “uma representação ilusória”. O uso retórico-ideológico, proveniente, dos poderes políticos e

29 de agosto de 2014.

⁴⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011, p. 94.

⁴⁹ “Além do “público pluralista” como participante (em sentido lato) do processo de participação concretização constitucional, as disposições constitucionais não são relevantes para os órgãos estatais vinculados estritamente a sua interpretação-aplicação”. Ibidem, p. 94.

⁵⁰ Para Neves: “a atividade constituinte e a linguagem do texto constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico”. Ibidem, p. 95-97.

⁵¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo. 2000.

⁵² “a Constitucionalização Simbólica desempenha uma função ideológica”, ideologia aqui no sentido de que a Constituição “ser um modelo cuja a realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas” (...) “a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade”. NEVES, op. cit., p. 97-98.

econômicos, da Carta Magna, mantem inalterados os problemas históricos-nacionais, e também, ocorre a obstrução do Estado constitucional e as mudanças sociais provenientes.⁵³

A Constituição tem a função representativa de ser responsável pela metalinguagem do direito, assim, toda a construção do ordenamento jurídico referindo-se as leis infraconstitucionais, deve obedecer e estar de acordo com a normatividade constitucional, sob pena de inconstitucionalidade. Nesse sentido, a norma constitucional serve como a auto fundamentação do sistema jurídico estatal, funcionando assim, como “metalinguagem normativa” do sistema jurídico, em paralelo a linguagem objeto que são as normas infraconstitucionais ou legislação ordinária. A Constitucionalização Simbólica, compromete toda a estrutura do sistema operacional do direito positivo, do ordenamento jurídico, prejudicando a capacidade de auto reprodução normativa.⁵⁴

Positivamente o texto constitucional passa a ser instrumento político e representativo de uma forte carga retórica sem que seja efetivo e eficaz para a transformação da realidade social e para a garantia da prestação dos direitos fundamentais por parte do Estado. Também não se concretiza normativamente os princípios basilares da administração pública e da divisão dos poderes e das eleições democráticas. Haverá a discrepância entre os dados empíricos da realidade social (principalmente da estrutura social) e o texto jurídico constitucional legitimador da ordem de poder político no país. Assim, a Constitucionalização simbólica é apenas um ideal retórico político alienante que não condiz com a realidade vivida pelos cidadãos cotidianamente.⁵⁵

1.2.3 A Constitucionalização Simbólica como álibi

A Constitucionalização Simbólica incluirá o conteúdo normativo e programático do texto constitucional como um álibi, para legitimar as ações governamentais e dos

⁵³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p.98.

⁵⁴ “A constitucionalização simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal, material. Enquanto na legislação simbólica o problema se restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional. Isso porque a Constituição, enquanto instância reflexiva fundamental do sistema jurídico (ver subitem 1.3C deste capítulo), apresenta-se como metalinguagem normativa em relação a todas as normas infra-constitucionais, representa o processo mais abrangente de normatização no interior do direito positivo. Caso não seja construída normatividade constitucional suficiente durante o processo de concretização, de tal maneira que ao texto constitucional não corresponda estrutura normativa como conexão entre programa e âmbito normativos, a legislação ordinária como linguagem-objeto fica prejudicada em sua normatividade. Como será visto no Cap. III, o próprio processo de reprodução operacional-normativa do direito é generalizadamente bloqueado nos casos constitucionalização simbólica.” *Ibidem*, p. 99-100.

⁵⁵ *Ibidem*.

legisladores em razão do cumprimento e da concretização (como meio de promessa) dos dispositivos constitucionais, e a sua principiologia. Isso ocorre claramente, por exemplo, na época das campanhas eleitorais quando os candidatos ofertam como promessa de campanha, “saúde para todos”, “educação para todos”, “segurança pública de qualidade”. Ou seja, prometem cumprir de maneira eficaz e eficiente o conteúdo programático do texto constitucional, principalmente no que tange o “estado do bem estar” e os direitos sociais, mesmo quando não é possível estruturalmente.⁵⁶

Tal situação ocorre no Brasil devido ao condicionamento histórico, que após a saída de um regime ditatorial, cria-se a necessidade de construção do texto normativo constitucional que incorpore todas as conquistas do constitucionalismo liberal, social e democrático.⁵⁷ Logo, vem a luz na perspectiva pragmática e semântica, um texto constitucional de acordo com a teoria democrática. Porém, não há à concretização normativa do texto constitucional, porque as estruturas sociais e políticas não permitem a efetivação e eficácia da principiologia normativo-constitucional referente a universalidade da dignidade da pessoa humana, a legalidade do procedimento eleitoral, a generalização do princípio da igualdade e realização plena da teoria da tripartição dos poderes. A Constituição apenas garantirá a estrutura organizacional do Estado.⁵⁸

A concretização da normatividade constitucional representaria uma radical transformação na estrutura político-social. Portanto o discurso político dos “donos do poder”⁵⁹ é invocado de maneira simbólica em relação a práxis constitucionalista, referente aos direitos fundamentais, igualdade perante a lei. Estes, são usados de maneira retórico-instrumental, seja para bloquear os “mecanismos de limitação da atividade política”, seja para utilizar como “álibi” a principiologia constitucional e sua pseudo-concretização, com o fim de, legitimar as injunções particularistas da classe política, instrumentalizando o sistema jurídico ao sistema político e econômico. Logo a concretização normativo-constitucional não terá vigência social plena, não será incluída em relação á esfera pública pluralista.⁶⁰

Na realidade epistêmico-social, não haverá a concretização normativo jurídico da

⁵⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p.105.

⁵⁷ Idem. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 de agosto de 2014.

⁵⁸ NEVES, op. cit.

⁵⁹ Faoro, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo. 2000.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p. 108-109.

Carta Magna e o seu conteúdo principiológico e programático, será usado como mecanismo político de manutenção do “status quo”. Nesse sentido, o discurso constitucionalista sofre um desvio em sua natureza ontológica, e passa a configurar como um “álibi”, sustentando retoricamente a pseudo-concretização constitucional, imunizando o sistema político e econômico contra profundas transformações,⁶¹ e garantido as regalias aristocráticas da elite política.

1.2.4 Constitucionalização Simbólica como desconstitucionalização fática

Neves conceitua a Constitucionalização Simbólica em duas frentes que serão a “concretização desconstitucionalizante do texto constitucional” e a “desconstitucionalização fática”. Tais premissas surgirão quando ocorrer a degradação semântico-instrumental da Carta Magna no momento de realização da concretização da normatividade jurídico-constitucional. Portanto, a não concretização da norma constitucional e a sua não generalização com plena vigência social evidencia o desvio de finalidade da Constituição e das normas estruturais do Estado democrático de direito. A consequência da materialização de tal ato desconstitucionalizante será a não universalização efetiva dos direitos fundamentais. Haverá assimetria das relações entre os poderes, e a ocorrência da ilegalidade e ilicitude do procedimento no processo eleitoral.⁶²

É imprescindível a noção que nos traz a teoria de Niklas Luhmann sobre a “generalização congruente de expectativas normativas” como função do direito, e como a perda da capacidade de realização de tal função pelo sistema jurídico e pela norma constitucional afeta a estabilização das expectativas e da regulação das condutas,

⁶¹ Orienta Neves no sentido de: “A ‘constitucionalização simbólica’, ao contrário, configura-se somente nas situações em que os procedimentos eleitorais, legislativos, judiciais e administrativos, como também o comportamento dos grupos e indivíduos em geral, descumprem as disposições constitucionais ou delas desviam-se, de tal maneira que o discurso constitucionalista torna-se, antes de tudo, um álbi.”. E ainda afirma: “A compreensão da constitucionalização simbólica como álbi em favor dos agentes políticos dominantes em detrimento da concretização constitucional encontra respaldo nas observações de Bryde a respeito, também, da experiência africana: as ‘Constituições simbólicas’, em oposição às ‘normativas’, fundamentam-se sobretudo nas ‘pretensões (correspondentes a necessidade internas ou externas) da elite dirigente pela representação simbólica de sua ordem estatal’. Delas não decorre nenhuma modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder.” NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p. 105-113.

⁶² Idem. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 de agosto de 2014.

desestruturando o Estado democrático. A quebra da relação autopoietica entre os sistemas sociais devido à hipertrofia do sistema econômico representará o bloqueio da autonomia operacional do direito e a implicação da desjuridicização do sistema jurídico pela fragilidade de seu código informação (lícito/ilícito), dando início ao fenômeno da alopoiese.⁶³

Na concretização desconstitucionalizante, não há a realização do princípio da igualdade, devido à exclusão em termos da subintegração ou sobreintegração dos cidadãos. Não existe a “construção da esfera pública pluralista”, não se objetiva a construção da cidadania. Portanto, a “desconstitucionalização fática” é a desjuridificação no processo de concretização da norma jurídica constitucional. A consequência da “concretização desconstitucionalizante” é o detrimento das efetivas transformações e resolução das patologias sociais, que seria objeto da realização da positivação da normatividade constitucional.⁶⁴

Dessa forma, materializa-se a manutenção e permanência das “estruturas reais de poder” e do “*status quo* social”. A natureza do mecanismo de exercício do “Poder” será a eternização das relações reais de poder mesmo desestruturando a instituição do Estado democrático de direito.⁶⁵

1.3 A Alopoiese do direito

O sistema jurídico autopoietico é fundamentado no fechamento ou clausura operacional e abertura cognitiva, na auto-referência e heterorreferência, para constituir a autonomia operacional do direito. Na constitucionalização simbólica o sistema jurídico passa da autopoiese a alopoiese, e define-se o que vem a ser este último quando, há um “comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito”. Ou seja, a perda da auto-referencialidade, assim, o direito terá prejudicada sua racionalidade, funcionalidade e

⁶³ Segundo Neves: “A desconstitucionalização significa, pois, a desjuridização pela fragilidade do código jurídico na sua incapacidade de generalização congruente e a falta de autonomia/identidade consistente de uma esfera de juricidade (neves, 1993). (...) Quando ocorre, porém, concretização desconstitucionalizante, não há uma relação consistente entre textos e atividades concretizantes. O texto constitucional é uma referencia distante dos agentes estatais e dos cidadãos, cuja práxis desenvolve-se freqüentemente à margem do modelo textual da Constituição.” NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 de agosto de 2014.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ainda com Neves: “Mas as instituições jurídicas consagradas no texto constitucional permanecem relevantes como referencias simbólicas do discurso do poder”. Ibidem.

eficiência.⁶⁶

Os outros códigos sistêmicos de diferença dos sistemas políticos (poder/não poder) e da economia (ter/não ter) serão sobrepostos ao código do sistema jurídico (lícito/ilícito), desta forma se realiza a “negação da auto-referência operacional do direito”. Então, no sistema jurídico se perde a diferença entre “sistema e ambiente”, sendo o sistema colonizado pelas injunções do mundo exterior. Haverá a assimetria da normatividade oriunda do fechamento operacional, e este deveria ser simétrico no plano de orientação. E ao mesmo tempo, terá a interrupção da interdependência da abertura cognitiva e os referidos componentes sistêmicos. Nesse sentido, o direito positivo estatal será prejudicado pela ausência da autonomia operacional.⁶⁷

Portanto a alopoiese reflete a não reprodução da operacionalidade fechada do direito e com isso atinge os três momentos sistêmicos da auto-referência que são a auto-referência de base, a reflexividade e a reflexão que são também descritos de acordo com Neves, como legalidade, constitucionalidade e legitimidade sistêmica, respectivamente. O primeiro implica no código diferença lícito/ilícito. O segundo se refere a normatização da normatização (controle constitucional) do direito positivo. E o terceiro como a orientação dos sistemas em relação as expectativas normativas.⁶⁸

Com a determinada situação, surgirá a insuficiência de constitucionalidade e ilegalidade e prática constitucional, evidenciando a ausência da força normativa do texto constitucional.⁶⁹ Tal condição formaliza o desaparecimento das fronteiras entre o ambiente social e o sistema jurídico. Logo, não se realiza a função do direito de orientar as expectativas normativas, e a generalização congruente no seio social, e por fim, a suficiente estabilização da diferenciação funcional.⁷⁰

A sobreposição dos códigos sistêmicos “poder/ não poder” e “ter/não ter”, sobre o

⁶⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁶⁷ “Ao afirma-se o intrincamento dos códigos e critérios de preferência das diversas esferas da vida social (economia, política, família, etc.) com o código-diferença e os critérios do direito, não se desconhece que sempre há um condicionamento de todo e qualquer sistema autopoietico pelo seu ambiente, e que isso constitui pressuposto da conexão auto-referencial dos componentes intra-sistêmicos. Mas, nesse caso, há a “comutação” ou a “digitalização” dos fatores externos pelo código e o critério do respectivo sistema. É na capacidade de “releitura” própria das determinantes ambientais que o sistema se afirma como autopoietico. Na medida em que, ao contrario, os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença “lícito/ilícito” e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc, cabe, sem duvida, sustentar a existência da alopoiese do direito (...)”. *Ibidem*, p. 146-147.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 153-154.

⁷⁰ *Ibidem*.

código “lícito/ilícito”, revela o bloqueio do processo de concretização constitucional resultando na ilegalidade da práxis constitucional. Transmutando a generalização congruente e a vigência social do princípio da igualdade perante a lei e a sua legalidade em instrumento pragmático semântico de retórica no discurso dos agentes políticos.⁷¹

Nesta perspectiva, Neves nos alerta sobre o paradoxo da “realidade constitucional inconstitucional”. A normatização do texto constitucional e das instâncias infraconstitucionais do direito positivo, assim como, a reflexividade do componente sistêmico jurídico, oriundo da constitucionalidade são afetadas e deturpadas pela não concretização normativo constitucional.⁷²

Tal situação revela um alto grau de perigo ao Estado democrático de direito. As injunções particularistas do poder econômico e das relações de poder, em sua práxis política e governamental, não cumprem os atos normativos procedimentais constitucionais e descaracterizam o constitucionalismo e o Estado de direito em sua natureza e estrutura. Neves nos traz exemplos desta crise caótica dos Estados na “modernidade periférica” que são: prisão sem o correspondente *due process of law*, deturpações do procedimento eleitoral, prática judicial corrupta, parlamento como foco da criminalidade organizada”.⁷³

Portanto, o verdadeiro poder vigente na nação, como *kratos* político, não serão os agentes políticos legitimamente eleitos, mas sim os agentes do poder econômico-político (as grandes fundações internacionais, os metacapitalistas) sejam eles conglomerados internacionais ou nacionais. Estes deturparam a ordem constitucional em suas linhas mestras de acordo com suas conveniências, e que na perspectiva da crise de legitimidade de sua ordem no exercício do poder, convertem a normatividade constitucional em mero instrumento retórico de manutenção do *status quo* vigente e imunizam contras as transformações reais das relações de poder.⁷⁴

Com a corrupção da estrutura dos componentes sistêmicos da legalidade (auto referência), da constitucionalidade (reflexividade), e da legitimidade (reflexão), ficará assim prejudicada a identidade do sistema, aonde emana a construção da dogmática jurídica e da

⁷¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem, p. 155.

⁷⁴ “É inegável que o texto constitucional, enquanto álibi invocado recorrentemente na retórica do poder, serve, em certa medida, como mecanismo de substitutivo de legitimação política. Mas daí não decorre uma legitimação estável e generalizada (includente), o que só seria possível se ao texto constitucional correspondessem expectativas normativas congruentemente generalizadas.” Ibidem, p. 158.

teoria do direito. E acontecerá um “desvio retórico da cultura jurídica”, que afetará a produção das decisões judiciais em todas as esferas e instâncias da ordem jurídica infraconstitucional e das construções dos casos jurídicos, subordinando o direito positivo às “constelações concretas de interesses” econômicas e políticas.⁷⁵

Na Constitucionalização simbólica a autonomia operacional do direito é aparente, ela está positivada na lei, porém, com a ausência da concretização do texto constitucional, tal fenômeno, resulta no bloqueio político da autonomia operacional do direito, ocorrendo a politização desdiferenciante do sistema jurídico.⁷⁶

A autopoiese sistêmica prejudica o acoplamento estrutural entre direito e política, o que levaria a supor a existência da autonomia operacional do sistema político devido as característica de interdependência e autonomia recíproca. Também não se realizará a autonomia político-sistêmica. Com isto, se evidencia a debilidade do sistema político e a fragilidade da normatividade jurídico-constitucional. Este, não é capaz de selecionar e se imunizar do risco e dos desapontamentos inerentes ao alto grau de complexificação do meio ambiente. Ocorrerá injunções particularistas do poder econômico e de seu código ter/não ter, sobre o poder político regional ou nacional. Os atores políticos, assim, perdem legitimidade e comprometem suas funções legiferantes e de execução governamental.⁷⁷

A partir deste momento, a Carta constitucional é utilizada de maneira ideológica, com cunho retórico, para falsear e construir a aparência de que o Estado de direito é um Estado democrático e que valoriza a teoria constitucionalista ao incluir o cidadão no Estado do bem estar social. Tal premissa se torna verdadeira pela perda da função normativo-constitucional do direito como congruente generalização de expectativas normativas e porque a desconstitucionalização fática desfaz a autonomia jurídica constitucional nas dimensões material, social e temporal. Nesta órbita, a instância reflexiva do sistema jurídico não será mais o texto constitucional.⁷⁸

A constitucionalização simbólica, tendo como núcleo a alopoiese do direito, dá a luz á desjuridificação da realidade constitucional, tendo como principio ontológico a falta de

⁷⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ “Nesse sentido, a constitucionalização simbólica também se apresenta como um mecanismo ideológico de encobrimento da falta de autonomia e da ineficiência do sistema político estatal, sobretudo com relação a interesses econômicos particularistas. O direito fica subordinado à política, mas a uma política pulverizada, incapaz de generalização consistente e, pois, de autonomia operacional.” Ibidem, p. 152.

⁷⁸ Ibidem.

autonomia operacional do sistema jurídico.⁷⁹ A desjuridificação significa a perda da normatividade jurídico constitucional em orientar e influenciar a vida cotidiana brasileira e as relações de conduta interpessoais e intersubjetivas da coletividade.

É a não realização das expectativas de comportamento e do “vivenciar do direito”, a Constituição perde força de regular a realidade social, e o direito positivo estatal não se pauta mais no princípio da diferenciação social. Os princípios constitucionais (igualdade perante a lei, a dignidade da pessoa humana, garantias individuais, direitos sociais) não são institucionalizados no seio da nação, nem pela ordem estatal nem pela população, não se consubstancializa a generalização congruente das expectativas normativo-constitucionais como função primordial do direito.⁸⁰

O Estado Democrático de Direito é afetado (implodido) em sua estrutura mais elementar, a legitimidade procedimental, desconsubstanciada pela interferência da existência do fenômeno alopoiético. Neste viés, na alopoiese e na constitucionalização simbólica, se manifesta a sobreposição do sistema político e econômico ao direito.⁸¹

1.4 Corrupção sistêmica

O conceito de corrupção descrita por Neves não é a corrupção política usada na terminologia midiática referente a conduta da classe política ou a conduta antijurídica, ilícita e culpável, tipificada no código penal brasileiro como improbidade administrativa, corrupção ativa/passiva ou gestão temerária.

Se trata aqui de um termo mais complexo e que se refere a corrupção estrutural de um sistema como a incapacidade do processo de concretização, a perda da autonomia operacional sistêmica, a ausência da capacidade do direito de generalização congruente das expectativas normativas, e o uso retórico ideológico da principiologia constitucional.⁸²

A corrupção sistêmica é a não estabilização das expectativas normativas que ocorre no plano estrutural, quando o próprio sistema perde os mecanismos de reação e não

⁷⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁸⁰ Para Neves: “No caso de constitucionalização simbólica, o código “lícito/ilícito” é sistemática e generalizadamente bloqueado em seu desenvolvimento por critérios políticos e econômicos, de tal maneira que a diferença entre sistema jurídico e ambiente perde nitidez. Enquanto o código fraco, o jurídico não se amplia em detrimento a outros códigos sistêmicos. Ao contrario, os códigos fortes “poder/não poder” e “ter/não ter” atuam em prejuízo da reprodução constitucionalmente consistente do sistema jurídico. O que a politização desjuridificante da realidade constitucional, respaldada evidentemente nas relações econômicas. Parafraseando Habermas, trata-se de “colonização política econômica” do mundo do direito.” Ibidem, p. 169.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

pode reagir as influências heterorreferenciais do meio ambiente, sendo colonizado, no caso do sistema jurídico, pelos sistemas econômico e político. Assim, perde os mecanismos de imunização perante o bloqueio da auto-referencialidade. A autopoiese perde sua objetividade e seu significado.⁸³

No Brasil não houve a realização da autonomia operacional do sistema jurídico, implicando na não formação do acoplamento estrutural entre política e direito. Assim, não se efetivou o princípio da diferenciação funcional e a autonomia sistêmica do direito ou da política, revelando a desdiferenciação do sistema social. Logo, não houve a construção da generalização ou vigência social da igualdade, e conseqüentemente, a institucionalização da cidadania.⁸⁴

Com a não concretização dos fatores estruturais democráticos, das liberdades fundamentais, de maneira incluyente, abriu-se margem para a materialização do conceito de exclusão e marginalidade. Inclusão, seria, no sentido de se fazer efetiva toda a carga principiológica garantida nos dispositivos constitucionais relacionadas com o problema das carências sociais, que foram constituídas de maneira desigual durante todo período histórico de formação da estrutura social e política. Consubstancializando, assim, o Estado democrático de direito brasileiro.⁸⁵

Contudo, com o bloqueio da formação e reprodução da autopoiese e a não concretização das normas constitucionais, surge o fenômeno da subintegração e sobreintegração na sociedade. Tal característica, por sua vez, representa um grave problema estrutural que manifesta a interferência hipertrófica, pelas injunções diretas, que os sistemas político e econômico realizam operacionalmente através de interferências coercitiva, interpenetrações destrutivas e colonização dos outros sistemas sociais. Portanto, subintegração é a dependência do conteúdo programático principiológico dos sistemas político, econômico e jurídico, porém sem acesso as prestações. E sobreintegração significa o acesso contínuo aos benefícios do sistema e as garantias, mas sem a constituição do ciclo de dependência.⁸⁶

A corrupção sistêmica demonstra então, que “o direito e política constituem sistemas alopoieticamente determinados”, por serem colonizados pelos elementos e comunicação de outro sistema social. Os mecanismos sistêmicos que representariam a

⁸³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem, p. 173.

reprodução operacional e a abertura cognitiva do direito e da política e que serviriam de maneira imunizatória contra a contingência e desapontamentos do ambiente complexo, são bloqueados incisivamente pelo código diferença binário da economia.⁸⁷

Portanto, os princípios do sistema jurídico, a legalidade, a constitucionalidade e os do sistema político, organização partidária, eleições livres, não se efetivam e não possuem eficácia de acordo com a sua função sistêmica autônoma. Porque tais sistemas sofrem as ditas interferências destrutivas, do código ter/ não ter, revelando o complexo fenômeno da “politização desdiferenciante do sistema jurídico”.⁸⁸

O fato mais grave que surge da não concretização, é que todo o arcabouço dos princípios constitucionais sistêmicos, além de não produzirem as transformações e melhorias das condições de vida da população, no seu sentido objetivo, são usados retoricamente e constituem “ilusões ideológicas”, que promovem a obscuridade e escondem as verdadeiras relações de dominação do *establishment*⁸⁹ pós moderno (poder político-econômico global). Nesse sentido, não há a realização do Estado democrático de direito, pois, a legalidade jurídica constitucional e a procedimentalidade política democrática são bloqueadas, destruídas, não efetivadas pelas “as injunções particularista da dominação política-econômica”.⁹⁰

Assim, do texto constitucional não emana força normativa jurídica capaz de regular o sistema político, quando manifestada as relações de subcidadãos e sobrecidadãos. Aos subcidadãos não se efetiva as prestações dos direitos fundamentais, surgindo restrições às garantias pelos próprios órgãos estatais e governamentais. Aos sobrecidadãos as garantias são aplicadas de acordo com os interesses políticos de maneira exagerada ou restrita.⁹¹

⁸⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 174.

⁸⁹ O Professor Olavo de Carvalho determina o conceito de Establishment em duas esferas, a internacional e a nacional: “Establishment internacional – as grandes organizações e fundações internacionais que tem haver com poder global. As 200 grandes empresas e grandes famílias que detém o poder no mundo.” CARVALHO, Olavo. *A nova estrutura do poder mundial*. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 10 de novembro de 2014.

“Establishment nacional - “É o ‘estamento burocrático’ de que falava Raymundo Faoro: o círculo dos ‘donos do poder’, que fazem da burocracia estatal o instrumento dócil dos seus interesses grupais em vez da máquina administrativa impessoal e científica que ela é nas democracias normais (...) Nesse sentido, o sistema econômico brasileiro não é capitalista nem socialista, mas sim patrimonialista. O estamento burocrático estatal passa a ser a elite política, o partido controlador e sua base aliada, além das grandes empreiteiras e conglomerados patrimonialistas brasileiros.” *Basta! Fora!* Disponível em: < <http://www.midiaseimmascara.org/artigos/cultura/15887-basta-fora.html>> Acesso em: 20 de junho de 2015.

⁹⁰ NEVES, op.cit., p. 174.

⁹¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

Na perspectiva do uso ideológico do plano da constitucionalização, quanto menos se concretiza e se efetiva os dispositivos constitucionais em “suas linhas mestras”, mais será o uso retórico discursivo, com a carga ideológica “fortemente constitucionalista”, pelos agentes políticos, tanto do Poder executivo, como do judiciário, é a “constitucionalização álibi”. Se concretiza então a realidade constitucional desjuridificante.⁹²

Por outro lado, ocorre uma instrumentalização do direito e do sistema jurídico-normativo-constitucional, no jogo dialético de disputa do poder, pelos agentes sociais e políticos que fingem representar os subcidadãos. Estes denunciam a “realidade constitucional inconstitucional”, e culpam pela não concretização da normatividade constitucional a “elite”, seja ela a classe burguesa, os ricos (detentores dos meios de produção), seja, a classe política vigente no poder. Estabelecem responsabilidade, portanto, aos representantes políticos dos sobrecidadãos (Estado/governo), afirmando que a concretização, eficácia e efetivação das garantias constitucionais seriam realidade plena, se o Estado estivesse “nas mãos” de outros dirigentes políticos (classe operária, trabalhadores, ou ate mesmo burguesa).⁹³ Disfarçando, assim, a realidade de corrupção sistêmica e contribuindo para uma alta carga retórica político-ideológica do discurso constitucionalista.⁹⁴

Neves, afirma que a teoria sistêmica da autopoiese padece de intransponibilidade em face da realidade brasileira e da modernidade periférica. O fenômeno da alopoiese, “a sobreposição do poder e do dinheiro ao direito”, desconstrói a identidade do sistema jurídico, e revela a problematicidade da “instrumentalidade sistêmica e indisponibilidade do direito”. Ou seja, a instrumentalização política do direito, a instrumentalização do poder econômico da política, e também, a instrumentalização da economia pela política.⁹⁵

As estruturas normativas seriam imanentes a intencionalidade, vontade e ação dos grupos políticos vinculados aos interesses particularistas do *establishment*⁹⁶ e grandes fundações econômico-políticas mundiais. O grande efeito de tal ciclo de dominação, seria a desestruturação política da concretização da normatividade-jurídico constitucional. Logo, a

⁹² “constitucionalização atua como álibi: o ‘Estado’ apresenta-se como identificado com o valores constitucionais, que não se realizam no presente por ‘culpa’ do subdesenvolvimento de ‘sociedade’ “.NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p.175-176.

⁹³ Ibidem, p.176.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Idem. *Luhmann, Habermas e o Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>> Acesso em: 15 de outubro de 2014. p. 100.

⁹⁶ CARVALHO, Olavo. A nova estrutura do poder mundial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 10 de novembro de 2014.

autonomia do direito não será baseada na autonomia pública, referente a soberania popular, mas na autonomia da força “metacapitalista internacional”⁹⁷, que bloqueará a autonomia do sistema jurídico nacional, e surgirá como fonte do direito pátrio.⁹⁸

A não construção da autonomia do sistema jurídico (concretização das normas constitucionais), devida a transformação do Estado (e sua máquina administrativa burocrática) como instrumento para o exercício dos interesses particularistas, destrói a concepção do princípio da cidadania pela generalização das relações de subintegração e sobreintegração. Na relação da subintegração e subcidadania, sob determinado prisma, os participantes não estão de forma alguma excluídos, acontece que, “não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submentendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas”,⁹⁹ apesar de não participarem das prestações inerentes aos direitos fundamentais, neste sentido se faz a relação de inclusão. Logo, só se produz os efeitos jurídicos da “restrição de liberdade”. A integração social dos subcidadãos se faz como “devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou atores.”¹⁰⁰

Saindo do plano individual e entrando na questão macrossocial e coletiva o não cumprimento do direito, no que tange a Constituição, fica ao encargo do Estado e dos agentes governamentais, que não concretizam, não respeitam e não cumprem as garantias constitucionais e os direitos fundamentais (direitos sociais e liberdades individuais). Tal

⁹⁷ O Professor Olavo de Carvalho conceitua o que vem a ser metacapitalismo, vejamos: “Metacapitalistas – donos dos grupos econômicos e donos dos partidos políticos, neo aristocracia (...) O sujeito dentro da economia de mercado, ele prospera e enriquece de tal maneira, que quando chega um ponto, ele percebe que não tem mais motivos para continuar submetido as oscilações do mercado. O mercado que o produziu, agora se torna uma ameaça para ele. Portanto é necessário sair das leis de mercado, para garantir a permanência das grandes fortunas nas gerações seguintes. O individuo então entra com um tipo de consideração que já não é a capitalistas mais é de ordem dinástica. Já não se contenta em ser um grande capitalista mas que ser um dinasta, alguém que vai garantir o poder para a família para por duas, três, dez ou infinitas gerações (...) A partir deste momento a abordagem que estas pessoas fazem da sociedade, já não correspondem a uma perspectiva capitalista, mas a uma perspectiva aristocrática, a um poder do tipo aristocrático (...) Quando os metacapitalistas, donos das grandes fortunas, se tornam maiores ainda e começam a raciocinar em termos dinásticos, eles tem que vencer o próprio mecanismo da economia de mercado que os constituiu, e só há uma maneira de fazer isso, tem que dominar o Estado (...) O poder dessas grandes organizações é econômico ate certo ponto, depois se converte a um poder político militar, que já independe do curso das coisas econômicas, porque tem os meios de dirigir, controlar, dominar e estrangular os mecanismos do mercado. A essas pessoas eu chamo de os metacapitalistas, começaram como capitalistas, mas já transcenderam a condição de capitalistas e se tornaram uma espécie de uma nova casta aristocrática. CARVALHO, Olavo. *A nova estrutura do poder mundial*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 10 de novembro de 2014.

⁹⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p. 100.

⁹⁹ Idem. *Luhmann, Habermas e o Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>> Acesso em: 15 de outubro de 2014. p. 100.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 102.

situação de “ação bloqueante do direito”¹⁰¹ é perpetrada, em significativa parte, pelos sobreintegrados. Logo, tal “Corte dos privilegiados” instrumentaliza o texto constitucional a fim de favorecer os interesses de manutenção do poder, limitando a ação dos princípios e garantias fundamentais e oferecendo como uma “oferta” a prestação dos direitos quando ameaçados da farsa de seu exercício político. A sobreintegração é inerente e pressupõe a subintegração e “vice e versa”.¹⁰²

A grave consequência da corrupção sistêmica é a sua causa nefasta de “desorganização sistemática da sociedade”.¹⁰³ Nesse sentido, Neves demonstra, que no Brasil há um legalismo perverso e “um fetichismo legal socialmente irresponsável” e um “autismo jurídico”.¹⁰⁴ O legalismo não é no sentido da reprodução autopoiética do direito e a legitimidade auto-referencial do código lícito/ilícito, mas, “insensibilidade aos problemas sociais”, que gera uma questão relevante de estudo que são “as consequências sociais das decisões jurídicas” que atingem principalmente os subcidadãos.¹⁰⁵

No item 1.3, referente à alopoiese, dissemos que tal fenômeno constrói os mecanismos da discriminação social da “rigidez legalista” das relações de subcidadania e sobrecidadania e corrupção sistêmica, sendo inerente ao “fetichismo da lei”, quando se aplica a exclusão de exercício do direito aos subintegrados, mesmo quando estes tem garantias na Carta Magna.¹⁰⁶ Na perspectiva inversa, existe a “permissividade jurídica” com garantia de impunidade para os sobrecidadãos, não se aplica a sanção estabelecida no código penal, no caso de condenação (quando são raramente condenados), para estes, trazendo-nos a questão do descumprimento aos direitos das vítimas.¹⁰⁷

Chegamos na “impunidade sistemática”, porque os sobreintegrados/sobrecidadãos gozam da impunidade (como o direito será?), enquanto os subcidadãos, estão sujeitos a “inflexibilidade legalista”.¹⁰⁸ Assim, os sobrecidadãos são titulares de direitos e esses direitos

¹⁰¹ NEVES, Marcelo. *Luhmann, Habermas e o Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>> Acesso em: 15 de outubro de 2014. p. 102.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Rio de Janeiro-RJ: Zahar. 1967. P. 120.

¹⁰⁴ NEVES, op. cit. p. 102.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 102.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 100.

¹⁰⁷ “Na medida que em que os direitos da vítima são desrespeitados de forma sistemática sem que haja a devida punição ao agressor, desenvolve-se uma situação de ausência de tolerância decorrente da permissividade jurídica. E, a rigor, pode-se mesmo configurar um caso típico de intolerância do infrator contra o ofendido. Fundamental é que não se desenvolve na impunidade sistemática de grupos e indivíduos o respeito jurídico recíproco.” Ibidem, p. 103.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 103.

são concretizados a essa categoria, porém, estão livres das responsabilidades e deveres da lei, principalmente as de caráter coercitivo/punitivo. Já os subcidadãos, não tem acesso aos direitos, principalmente os de origem do Estado social, mas recai sobre eles todos os encargos punitivos e coercitivos da lei e do “braço forte do Estado”.¹⁰⁹

Neves afirma que “a impunidade sistemática é discriminação social”, porque, os agentes políticos, econômicos ou os grupos privilegiados, quando são infratores da lei, produzem vítimas, e estas, são sempre os “socialmente mais frágeis”.¹¹⁰ Nesta estrutura de corrupção sistêmica não há a realização do Estado democrático de direito, e este termo existe como um sofisma, usado de maneira pragmático-semântica de cunho ideológico, para manter as relações de poder e dominação intactas.¹¹¹

Na Constitucionalização simbólica, implicado pela corrupção sistêmica, o modelo da ilicitude assegurará a estabilidade das expectativas comportamentais e a insegurança da impunidade se torna uma garantia e quase uma norma, ou seja, atuar na esfera do elemento ilícito, da conduta ilícita, em diversos segmentos da sociedade é mais seguro do que se orientar intersubjetivamente pela legalidade.¹¹²

Logo, se contará com a segurança da impunidade sistemática, e portanto, a corrupção sistêmica estrutural visa a “destabilização das expectativas normativas”¹¹³ e a desestruturação sistêmica da autonomia operacional jurídica no Estado democrático de direito.

¹⁰⁹ NEVES, Marcelo. *Luhmann, Habermas e o Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>> Acesso em: 15 de outubro de 2014.

¹¹⁰ Ibidem, p. 104.

¹¹¹ Ibidem, p. 104.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Palestra na integra: NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica Revisitada*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=l5V5uTLfi2c>> Acesso em: 10 de outubro de 2014.

CAPÍTULO 2 – A NÃO CONCRETIZAÇÃO NORMATIVO-JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS (DIREITOS FUNDAMENTAIS) E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Neste segundo capítulo evidencia-se o mecanismo de corrupção sistêmica do direito, o seu bloqueio operacional e a perda da autonomia do sistema com a consequente disfunção da auto-referencialidade, reflexão e reflexividade como etapas da autopoiese. Como já visto, a ocorrência da alopoiese do direito, devido a sobreposição dos imperativos econômicos e políticos perante o sistema jurídico, causa a corrupção estrutural que pode ser definida como a deconstitucionalização fática ou a desjuridificação da realidade constitucional. Esta é pautada na desdiferenciação dos sistemas sociais e jurídico, sendo o gérmen destrutivo do Estado constitucional pela inadequação á complexidade do “sistema mundo”.¹¹⁴

Os princípios constitucionais (os direitos fundamentais), principalmente o da dignidade da pessoa humana, são usados de maneira retórica para legitimar as injunções particularistas do poder econômico e do poder político sobre o sistema jurídico. Logo, não se efetiva a concretização dos direitos fundamentais como prestações essenciais a estrutura social e a diferenciação funcional. Isso, porque os princípios, as garantias constitucionais e os direitos sociais (no plano da argumentação jurídica) são usados de maneira instrumental para manutenção do status de dominação política, de maneira que estes representam curingas contra as transformações das estruturas de poder. Não possibilitando, assim, a solução dos problemas macrossociais referentes as patologias histórico-sociais presentes na realidade brasileira. Tal afirmação caracteriza a constitucionalização simbólica e a não realização do Estado democrático de direito no Brasil.¹¹⁵

2.1 A práxis principiológica e a corrupção sistêmica

A corrupção sistêmica é construída a partir do momento em que se manifesta a falta de sentido na aplicação logico-semântica dos princípios, e na falta de aplicação do próprio significado real em que consiste cada principio constitucional. Ou seja, os órgãos responsáveis pela concretização das normas constitucionais (Tribunais, atividade legislativa), não definem o campo de aplicação e atuação argumentativo-semântica dos princípios de maneira concreta, de modo que estabilizem o sistema jurídico e o imunizem contra as

¹¹⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

¹¹⁵ *Ibidem*.

diferenças heterorreferenciais do ambiente ou as injunções particularistas de cunho imperativo do poder econômico e político.¹¹⁶

Nesse sentido, a corrupção sistêmica do direito é evidenciada quando a articulação principiológica é simplificada e sua atuação é aplicada a qualquer caso, sem delimitação jurídico-temática.¹¹⁷ Os princípios “servirão como curinga” para a ação estratégica dos movimentos sociais-políticos, bem como para legitimar o ganho de causa dos grandes escritórios de advocacia do país. Portanto, ocorre a busca superficial de teoria dos princípios, materializando a desestabilização das expectativas normativas levando a insegurança jurídica e a inconstância das decisões judiciais.¹¹⁸

Assim, o Professor Marcelo Neves define esta questão problemática como “principalismo que não chega a ser principiologia”.¹¹⁹ O direito perde a sua autonomia e a sua capacidade de autoreprodução a partir de seus próprios mecanismos e elementos sistêmicos. Portanto, afetando a produção das decisões judiciais, desconstituindo as formas de vinculação hermenêutica das decisões e prejudicando a construção da jurisprudência como segurança jurídica, que teria por objetivo primordial a estabilização do sistema social, político, econômico e jurídico como um todo.¹²⁰

As decisões judiciais são influenciadas por sobreposição de critérios econômicos e imperativos do poder, mas não de maneira natural como ocorreria normalmente no diálogo entre direito e economia, mas em uma perspectiva desestrutural, onde os elementos sistêmicos da legalidade (reprodução desta), constitucionalidade e dogmática jurídica são corrompidos. A dogmática jurídica surgindo a partir da academia e do ensino jurídico pátrio “perde a capacidade de enfrentar criticamente as decisões dos Tribunais”.¹²¹

A corrupção sistêmica pela ação “principalista” e a alopoiese do direito deturpam todo o processo histórico de construção evolutiva da sociedade, a aquisição e concretização das normas constitucionais, principalmente no que tange as conquistas das liberdades

¹¹⁶ A palestra pode ser acompanhada na íntegra: NEVES, Marcelo. *Seminário da teoria da decisão judicial realizada pelo Conselho nacional de Justiça realizado entre 23 à 25 de abril de 2014*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=4wII6RqrCN8>> Acesso em: 09 de novembro de 2014.

¹¹⁷ Para Neves: “O uso dos princípios como retórica que encobre formas concretas de corrupção sistêmicas do direito nos nossos tribunais, ou seja, as grandes influências oriundas do poder econômico que tomam poder decisório antecipadamente sobrepondo o código econômico ter/ não ter ao código jurídico lícito ilícito.”
Ibidem.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Ibidem.

individuais e efetivação dos direitos sociais.¹²²

A ação principiológica, sob o prisma da argumentação jurídica, perante o Estado democrático de direito, reflete a complexidade (ou complexificação) da principiologia constitucional que se baseia e traduz a diferenciação funcional da sociedade. Com a banalização do uso dos princípios e sua aplicabilidade fora de contexto semântico-jurídico (como é o caso do uso da dignidade da pessoa humana) ocorre o fenômeno da desdiferenciação funcional da sociedade e a possível desconstitucionalização fática fazendo surgir a “constitucionalização simbólica”.¹²³

Na visão de Neves, no Estado democrático de direito, para sua plena dinâmica deve haver a diferença entre princípios e regras constitucionais para não se atribuir supremacia dos princípios perante as regras ou subestimar o uso das regras ou dos princípios. A argumentação jurídica não pode se consubstancializar na hierarquização entre os princípios e regras, sob pena de instituir a corrupção estrutural e desestabilizar as expectativas normativas. A argumentação jurídica tem que possibilitar o movimento de circularidade entre as regras e os princípios.¹²⁴

2.2 Corrupção sistêmica e aplicação dos princípios e regras constitucionais

Dentro do viés da argumentação jurídica, os princípios constitucionais “ampliam as possibilidades de argumentação e construção da retórica argumentativa”¹²⁵, e as regras constitucionais, em sua aplicabilidade, representam o fechamento da cadeia argumentativa, aberta pela principiologia. As regras atuam como redução da complexidade e seleção retórica e imunizam o sistema contra as interferências nocivas à auto-reprodução sistêmica, possibilitando a melhor solução do caso.¹²⁶

A banalização do uso dos princípios como retórica principialista deturpa aplicação das regras aos casos concretos, e manifesta a satisfação dos interesses particularistas nas

¹²² Para Neves: “O bloqueio de reprodução do consistente direito tem haver primordialmente com a dificuldade em se separar o plano da reflexão acadêmica da reflexão dogmática jurídica com o plano da própria prática advocatícia, a promiscuidade daquele que se apresenta como jurista professor está trazendo argumentos parciais em defesa de interesses econômicos, e isso representa uma desigualdade no processo judicial, para o advogado comum enfrentar pareceres de juristas renomados em defesa de interesses econômicos trivializados.”. NEVES, Marcelo. *Seminário da teoria da decisão judicial realizada pelo Conselho nacional de Justiça realizado entre 23 à 25 de abril de 2014*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=4wII6RqrCN8>> Acesso em: 09 de novembro de 2014.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Idem. *Entre hidra e hércules. Princípios e regras constitucionais*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

decisões judiciais.¹²⁷

A complexidade da sociedade deve ser traduzida na principiologia constitucional, e regras e princípios devem atuar conjuntamente de acordo com uma relação circular e dinâmica para a concretização constitucional. Logo, os princípios abrem a argumentação e as regras fecham. As regras delimitam o teor das decisões e os princípios a adequam a complexidade da diferenciação existente.¹²⁸

Tal sentido é aplicado no intuito de proteger e dar consistência jurídica as decisões judiciais e transmitir adequação social a estas. O direito perderá a autonomia operacional e o sistema jurídico cairá na inconstância e insegurança, se houver uma absolutização dos princípios e uma superestimação em detrimento das regras. Da mesma maneira o direito será incapaz de resolver problemas jurídicos de extrema complexidade e será inadequado socialmente se houver detrimento hierárquico de aplicação das regras aos princípios.¹²⁹

No Brasil a não concretização das normas constitucionais e o conseqüente abuso dos princípios na argumentação jurídica, tanto por parte dos advogados como por parte dos Tribunais, produz decisões judiciais que não são vinculadas a uma adequação social e perdem consistência jurídica perante a supercomplexidade social na solução dos litígios e casos difíceis.¹³⁰ Assim, há permanente invocação da retórica baseada nos princípios em detrimento das regras minando a força normativa da Constituição e a realização do Estado democrático.¹³¹

O exemplo claro é a não definição do campo de atuação semântico-jurídica do macro princípio da Dignidade da pessoa humana. Ocorre a permanente invocação deste princípio para resolução de casos jurídicos afastando a aplicabilidade de regras constitucionais. Ou, pela ponderação de princípios que submete alguns direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana a uma aplicação retórico-instrumental, distorcendo a aplicabilidade das normas *prima facie* em seu campo de atuação semântica. Conclui-se que a ordem jurídica é deturpada em sua normatividade constitucional pelo uso retórico e

¹²⁷ NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules. Princípios e regras constitucionais*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Para Neves: Quando o direito e a Constituição ficam imediatamente subordinados aos particularismos de fatores diversos, as regras e princípios jurídicos perdem seu significado prático para a garantia dos direitos e o controle do poder: ou há autocracia (autoritarismo e totalitarismo), ou, apesar de haver Constituições cujo modelo textual corresponde ao Estado constitucional, impõem-se bloqueios (econômicos, político, relacionais, familiares etc.) contra a sua satisfatória concretização e realização. *Ibidem*. p, 189-190.

¹³¹ *Ibidem*.

ideológico da principiologia constitucional objetivando a satisfação de interesses particularistas econômicos ou políticos.¹³²

O abuso dos princípios pelos atores estatais, pelos tribunais ou pelos advogados estrategistas, escondem e justificam a inconstitucionalidade e ilegalidade das injunções particularistas que diluem a autonomia do direito e da política desfazendo o acoplamento estrutural entre ambos. A produção de decisões jurídicas inconsistentes e inadequadas socialmente revelam o mal funcionamento do Estado de direito e da democracia, ensejando a “judicialização da política” e uma “politização do direito”.¹³³ Neste sentido, insurgem-se contra a legitimidade da ordem democrática-constitucional à “corrupção política do judiciário” e a “corrupção econômica do Estado como organização político-jurídica”.¹³⁴

Com o jogo retórico principialista das normas *prima facie* (princípios) da Constituição pela “compulsão ponderadora” e “absolutização de princípios”, tenta-se justificar e legitimar as práxis carentes de legalidade. E portanto, inconstitucionalidades sistemáticas na produção das decisões jurídicas, encobrem os interesses particulares de grupos econômicos, sociais ou partidos políticos.¹³⁵

A prática jurídico constitucional confusa e inconsistente eleva a um alto grau de incerteza cognitiva a solução de “futuros casos”, já que não a consolidação de uma jurisprudência que concretize a certeza jurídico racional. Pela confusão das técnicas de argumentação empregadas seja pela ponderação, razoabilidade ou proporcionalidade, tornam os acórdãos confusos e inconsistentes para orientar a solução destes “futuros casos”.¹³⁶ Logo, ocorrerá variações de caso a caso, e uma total insegurança do sistema jurídico, incompatível com o rigor metodológico e formal do Estado de direito Constitucional. Essa situação nasce no próprio seio institucional de organização do Supremo Tribunal Federal brasileiro, onde ocorre decisões hiperpolitizadas, desconstitucionalizantes e não efetiva a força normativa da constituição.¹³⁷

¹³² NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules. Princípios e regras constitucionais*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013.

¹³³ *Ibidem*, p. 194.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 195.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Segundo Neves: “(...) mas a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como estímulo de “casuismo” descomprometido com a força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico. A ponderação ad hoc concentra-se nos efeitos de curto prazo ou imediatos, “negligenciando os de longo prazo”. Nesse contexto de maleabilidade e imediatismo, o domínio dos particularismos eventuais pode invadir, com mais facilidade, o processo de

A Constitucionalização simbólica e a banalização do uso principiológico da Constituição tem por efeito último a “desvalorização dos direitos fundamentais”.¹³⁸ Os direitos fundamentais estão relacionados com a diferenciação funcional da sociedade e também como uma diferenciação entre sociedade e homem.¹³⁹ Portanto a deturpação principialista e particularista do uso retórico dos direitos fundamentais levam a consequência máxima da desdiferenciação e a realidade constitucional desjuridificada, sendo assim, a semente do Estado autoritário ou totalitário, proclamando a morte do Estado democrático de direito.¹⁴⁰

Portanto, como demonstrado, é imprescindível a ausência de hierarquia ente princípio e regras constitucionais, um não deve se sobrepor e nem ser absoluto em relação ao outro. Para o pleno desenvolvimento jurídico constitucional, os princípios atuam como construtores das regras, e as regras se manifestam como condição e delimitação da aplicabilidade dos princípios para solução dos litígios. Assim, a funcionalidade estrutural do processo argumentativo vai determinar como será usada a norma, seja ela norma-princípio ou normas-decisão (regras).¹⁴¹ Pelos princípios atuarem como fundamento de regras, e as regras representarem as condições de aplicação dos princípios deve haver uma relação circular entre normas e princípios.¹⁴²

Desta forma evita-se a banalização do uso da principilogia constitucional e da manipulação retórica e político-ideológica, e imuniza-se o sistema contra os mecanismos de corrupção que este poderia vir a sofrer pela alopoiese e pela corrupção sistêmica. A “reflexividade circular entre as normas e os princípios”¹⁴³, seria o elemento de defesa e bloqueio contra os efeitos negativos e positivos da Constitucionalização simbólica, ou seja, da não concretização normativo constitucional e do uso da Carta Magna como legitimação retórica político ideológica.¹⁴⁴

Por fim, a função primordial da circularidade das regras e princípios é transformar

concretização e minar, caso a caso, a ordem constitucional”. NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules. Princípios e regras constitucionais.*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013. p.201.

¹³⁸ Ibidem, p. 148.

¹³⁹ Ibidem, p. 143.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Ibidem, p. 103.

¹⁴² Idem. *Seminário da teoria da decisão judicial realizada pelo Conselho nacional de Justiça realizado entre 23 á 25 de abril de 2014.* Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=4wII6RqrCN8>> Acesso em: 09 de novembro de 2014. p. 134.

¹⁴³ NEVES, op. cit., p. 135.

¹⁴⁴ Ibidem.

a “complexidade desestruturada do ambiente” (indeterminada, desorganizada), com a filtragem pelos princípios, em “complexidade estruturável” (determinável, organizável), e com a produção de regras em “complexidade estruturada” (determinada e organizada).¹⁴⁵ A função das regras é dar consistência jurídica as decisões judiciais pela argumentação formal e a função dos princípios é aplicar a adequação social do direito as decisões pela argumentação substantiva.¹⁴⁶

2.3 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana constitui-se como o macro-princípio e núcleo exordial do Estado democrático de direito. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 positiva a dignidade da pessoa humana como o fundamento da República Federativa do Brasil¹⁴⁷ no artigo 3º da Constituição Federal, e esta é normatizada como cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV, CF.). Tal norma é ao mesmo tempo princípio e direito fundamental e possui sua realização na forma material, social e temporal, por se tratar de um direito subjetivo concreto e um direito de dimensão objetiva porque é uma garantia para todo cidadão e para toda a sociedade.¹⁴⁸

Mas nem tudo são flores, em nosso país há uma situação de extrema gravidade que revela o ato de mais alto grau de concupiscência e mostra o mecanismo de corrupção sistêmica, implicando a alopoiese do direito e a Constitucionalização simbólica. A fraqueza patológica das Instituições, principalmente no âmbito jurídico, evidência a não concretização da normatividade constitucional e o clima de insegurança jurídica devido a não adequação social do direito e a inconsistência das decisões judiciais em todas instâncias.¹⁴⁹

O uso e abuso da dignidade humana como princípio nas argumentações jurídicas pelos advogados estrategista e pelos Tribunais, inclusive o STF, banaliza o macro-princípio e os direitos fundamentais como um todo e concretiza a desdiferenciação do sistema jurídico e da sociedade.

¹⁴⁵ A “complexidade desestruturada do ambiente” representa a pluralidade de expectativas normativas contraditórias. A “complexidade estruturável” passaria a ser a diferenciação funcional traduzida no plexo dos direitos funcionais. A “complexidade estruturada” são as normas decisões a serem aplicadas pela subsunção e sujeitas a hermenêutica constitucional. NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules. Princípios e regras constitucionais..* São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013. p. 118-119.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ NETO, João Costa. *Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu.* São Paulo-SP: Saraiva. 2014. p. 47.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 48.

¹⁴⁹ Ibidem.

Na obra “Dignidade Humana” João da Costa Neto discorre sobre o princípio da dignidade humana e sua aplicação constitucional. O autor nos mostra como tal norma-princípio, no direito brasileiro, é amplamente desrespeitado em seu campo de atuação semântico-normativo e como é confusa sua aplicação por parte, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, que relativiza este conceito sem determiná-lo de maneira consistente, ordenável ou organizável. A aplicabilidade deste princípio por parte do Tribunal não solidifica a criação de uma jurisprudência segura e confiável, todo caso novo invoca-se a dignidade da pessoa humana para a solução dos conflitos como se fosse um “curinga”¹⁵⁰, tanto da parte dos tribunais superiores como da parte dos escritórios de advocacia.¹⁵¹

Costa Neto observou o direito constitucional alemão e europeu e nos demonstra que a jurisprudência alemã determina à aplicação desta norma *prima facie* (dignidade humana) que não pode ser aplicada arbitrariamente de acordo com cada julgado individualmente.¹⁵² Costa Neto busca sedimentar o real significado da “dignidade da pessoa humana”, a partir da análise jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional europeu, e também pela construção da teoria de Immanuel Kant.¹⁵³

A dignidade da pessoa humana protege todo o indivíduo dotado de razão, não permitindo que o ser humano seja um mero instrumento ou meio, e sim um fim em si mesmo. Essa visão kantiana manifesta o conceito do sujeito transcendental ideal, em que o indivíduo tem a capacidade de autonomia perante si mesmo e de autodeterminar-se. A pessoa deve gozar de independência, liberdade e autonomia, “o indivíduo é soberano e insubstituível”.¹⁵⁴ Logo, deve ser protegido contra os arbítrios das esferas de Poder existentes, esta é a visão antipaternalista que titulariza e fundamenta o “direito de defesa”.¹⁵⁵

A partir desta construção temos a dignidade humana como: autonomia, antipaternalismo, autodeterminação e igualdade perante a lei.¹⁵⁶ Neste sentido, a visão europeia de aplicação deste macro-princípio constitucional é delimitada da seguinte forma: O Estado é protetor da dignidade humana e oferece plena liberdade ao indivíduo de “escolher seu objetivos” e realizar sua vida subjetiva da maneira como quiser. O sujeito protegido fará

¹⁵⁰ NETO, João Costa. *Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribuna Europeu*. São Paulo-SP: Saraiva. 2014.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.34.

gozo de seu “direito geral de personalidade” tendo usufruto de sua própria imagem, utilizando como bem quiser. A liberdade de um é a liberdade de todos, e a liberdade de todos garante a plena liberdade do sujeito individual. Perante o Estado democrático de direito, é proibida a discriminação e arbitrariedades contra as pessoas. Por último, garante-se o “mínimo existencial” a pessoa humana, para que este possa gozar livremente de suas faculdades racionais e levar uma vida digna.¹⁵⁷

Normativamente, o Tribunal Constitucional Federal alemão concretizou a jurisprudência da dignidade da pessoa humana, para que esta esteja ligada a solução dos seguintes casos (cito os mais importantes): 1) a liberdade religiosa se coaduna com a dignidade humana; 2) o mínimo existencial, a certeza de se ter uma vida digna materialmente; 3) a propriedade privada como exercício da dignidade humana, a plena disposição de um patrimônio; 4) a proteção da vida privada em sua esfera íntima e a proibição de escutas ambientais; 5) o direito geral de personalidade e autodeterminação e autonomia individual e psíquica; 6) a vedação da pena de morte, da tortura e de penas cruéis.¹⁵⁸ Tal conceitualização formalística visa dar consistência e adequação social as decisões jurídicas, realizando a função do direito constitucional de generalização congruente das expectativas normativas.

Agora no caso brasileiro, na visão de Costa Neto, a Constitucionalização simbólica e a corrupção sistêmica se realizam perante a ideia de não concretização e do uso político ideológico do princípio da dignidade da pessoa humana. O órgão responsável pela concretização, efetividade e eficácia da norma é o Supremo Tribunal Federal brasileiro, porém este mantém a imprevisibilidade e ambiguidade relativista em relação ao conteúdo principiológico.¹⁵⁹

A dificuldade em delimitar o campo de atuação semântico-jurídico e o conteúdo epistêmico, por parte do Tribunal, abre a possibilidade de abuso retórico ideológico pelos atores jurídicos criando uma forma de ilusão na aplicabilidade imediata da norma *prima facie*, produzindo decisões jurídicas que não favorecem a sedimentação de uma jurisprudência que reflita a segurança jurídica na perspectiva da legalidade e constitucionalidade.¹⁶⁰ Assim, não há à reprodução auto-referencial, a reflexão e a reflexividade garantidora da autonomia autopoietica do sistema jurídico brasileiro. As decisões jurídicas são politizadas, portanto,

¹⁵⁷NETO, João Costa. *Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribuna Europeu*. São Paulo-SP: Saraiva. 2014. Ibidem, p.177-178.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 177-179.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Ibidem, p.113.

alopoieticas.

Nos acórdãos do STF a dignidade da pessoa humana é objeto instrumental de abuso retórico, logo, não há “unidade de opinião da corte”, os ministros não trabalham no sentido de produzirem uma decisão única que transmita consistência e adequação social as decisões proferidas.¹⁶¹ Portanto, relembando a questão da Constitucionalização álibi, a dignidade humana como princípio é levada para apreciação á corte mesmo quando não há ofensa material em seu sentido fático, mas pela própria indefinição e inconsistência que se atribuiu em seu significado retórico. E causas são concedidas com base no fundamento deste princípio mesmo sendo visível a imprecisão jurídica de seu uso, demonstrando um serio desvirtuamento.¹⁶²

A “arbitrariedade semântica” imposta pelo tribunal é produtora de imprevisibilidade das decisões e insegurança jurídica gerando uma “loteria-jurídico-adjudicatória”, dando margem á ambiguidade do conceito principiológico.¹⁶³ Tal brecha aberta efetiva a possibilidade de encobrimento de pedidos e decisões políticas ou economicistas que não teriam respaldo jurídico constitucional, mas ganham o caráter decisório e o respectivo ganho de causa para a parte envolvida no litigio, devido a invocação do princípio e sua justificação retórica, se aproveitando assim, da “flexibilização semântica” e “conforme a conveniência da ocasião”.¹⁶⁴

Costa Neto nos lembra que não é regra tal postura do STF e talvez, não seria proposital tal atuação. Mas a imprecisão em se construir uma jurisprudência sólida, é motivo de fato para a não concretização da normatividade jurídico constitucional, consolidação da Constitucionalização simbólica e não realização do Estado democrático de direito.¹⁶⁵

A partir da contextualização demonstrada, falta ao STF definir o que venha a ser

¹⁶¹ Costa Neto: “Por um lado, o funcionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) contribui para a pluralidade e indefinição das posições da corte, à medida que cada Ministro do tribunal vota, isoladamente, acerca do tema colocado em questão. Dessarte, de forma não pouco frequente, tem-se uma mesma decisão final e um mesmo dispositivo (e.g., improcedência dos pedidos deduzidos em uma ação direta de constitucionalidade). Entretanto, nessa mesma decisão, a diversidade dos fundamentos de cada Ministro pode, porventura, atribuir interpretações diversas e, por vezes, *incompatíveis* de um dado preceito constitucional”. NETO, João Costa. *Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribuna Europeu*. São Paulo-SP: Saraiva. 2014. p. 114.

¹⁶² Ibidem, p. 115.

¹⁶³ Ibidem, p. 116.

¹⁶⁴ Costa Neto: “Nesse contexto, o conceito de “dignidade humana”, em virtude da indeterminação de que padece no Brasil, passou a referir conteúdos cada vez mais distintos. Esse é, sem dúvida, um resultado pouco ou nada desejado em uma República que é também Estado de Direito (*rule of law; Rechtsstaat*) e que, por conseguinte, tem por corolário a segurança jurídica.”. Ibidem, p.117.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 116.

dignidade da pessoa humana em um conceito lógico-semântico para aplicação jurídico-constitucional em casos concretos, para não se usar a dignidade da pessoa humana como argumento retórico para justificar a politização das decisões judiciais.¹⁶⁶ A falta de definição do termo e as possibilidades de aplicabilidade causa insegurança, e como nos ensina Neves, que a argumentação jurídica baseada em um “modelo de ponderação subcomplexo”, transforma os princípios em “meros jogos de linguagem”, desvirtuando os princípios como expectativas normativas que emanam das esferas sociais diferenciadas.¹⁶⁷

Partindo para avaliação dos casos Constitucionais citados por Costa Neto, este relata, que ocorre uma imprevisibilidade e que não há clareza manifesta nas decisões da Suprema Corte brasileira a respeito da dignidade da pessoa humana. O professor observou diretamente e analisou empiricamente os seguintes casos da jurisprudência constitucional brasileira:¹⁶⁸

1) A dignidade humana e briga de galos: ADI 1856. 2) A dignidade humana, o limite de atuação do CNJ e o sigilo das sanções administrativas aplicadas a juizes: ADI 4638. 3) A dignidade humana e lei Maria da Penha: ADI 4424 e ADC 19. 4) O Dignidade humana e trabalho escravo: inquérito 2131 do STF 5) O Dignidade humana veda a anulação, depois de decorridos 5 anos, de ato inicial de concessão de pensão ou aposentadoria? : mandado de segurança de n. 28720 DF 6) A Dignidade humana e células tronco: ADI 3510. 7) A Dignidade humana e a interrupção da gestação de feto anencefálico: ADPF 54. 8) A Dignidade humana e união homoafetivas: ADPF 132. 9) Dignidade humana e mínimo existencial: o benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. 10) O mínimo existencial para estrangeiros no Brasil: RE n. 5869704. 11) A constitucionalidade dos critérios de aferição de renda para a concessão de benefício assistencial: ADI 1232/DF; agravo regimental na reclamação 2.303/RS; RE ns. 567.985 e 580 963. 12) A dignidade humana e revista íntima de empregados: RE n. 160.222. 13) A dignidade humana e aplicação de estatuto

¹⁶⁶ NETO, João Costa. *Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo-SP: Saraiva. 2014. p. 118.

¹⁶⁷ NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules. Princípios e regras constitucionais*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013. P. 150.

¹⁶⁸ O objetivo desta monografia é trazer os conceitos de constitucionalização simbólica, mistanásia e genocídio brasileiro e demonstrar a não realização do Estado democrático de direito no Brasil devido a tais fenômenos e pela não concretização da normatividade jurídico constitucional. Portanto, não caberá neste trabalho a descrição detalhada e argumentativa dos estudos de casos e a análise semântica dos votos de cada Ministro realizados por Costa Neto. Para melhor compreensão do estudo, ver a obra citada do referido professor. NETO, op. cit., p. 118-159 e p. 180-181.

pessoal distinto para empregado estrangeiro: RE de n. 161.243.¹⁶⁹

Nos casos abordados existe uma confusão de delimitação conceitual do que venha a ser a dignidade da pessoa humana e uma indefinição da ação principiológica. Confunde-se as normas princípios que poderiam ser aplicadas, por exemplo: onde seria aplicada a norma princípio “liberdade” troca-se pela “dignidade humana”, assim como se confunde a aplicação da “igualdade” e “direito a vida”. Curioso é que as vezes em que o caso jurídico e de claro cabimento da “dignidade humana”, este é negado ou deturpada em seu real campo de aplicação.¹⁷⁰

Logo, o abuso dos princípios prejudica o desenvolvimento do direito brasileiro e representa efeitos destrutivos ao Estado constitucional. A não delimitação de atuação no campo argumentativo-semântico da práxis principiológica constitucional é um mecanismo de corrupção sistêmica, e declara a interferência dos meios de reprodução comunicativa do poder político e da economia afetando a autonomia do sistema jurídico,¹⁷¹ afetando assim, a realização do Estado democrático de direito no Brasil.

¹⁶⁹ NETO, João Costa. *Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo-SP: Saraiva. 2014. p. 118-159.

¹⁷⁰ Para Neves: “O uso de princípios sem que aja a preocupação de delimitação de campos de aplicação do princípio, sem que aja uma orientação, uma construção teórica nesse sentido por parte da doutrina brasileira. Esta infestando os nossos tribunais com uma paralisia no sentido na capacidade de capacidade decisória consistente, ou no sentido oposto a paralisia em um ativismo exatamente fundado na falta de uma crítica acadêmica consistente.” NEVES, Marcelo. *Seminário da teoria da decisão judicial realizada pelo Conselho nacional de Justiça realizado entre 23 á 25 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=4wII6RqrCN8>> Acesso em: 09 de novembro de 2014.

¹⁷¹ Sobre desdiferenciação, alopoiese e argumentação jurídica, Neves afirma: “O principialismo, o pseudo formalismo e a retórica jurídica, todos esses modelos estão amparados em uma Desdiferenciação do sistema jurídico, e uma subordinação do direito a esquemas de boas relações, de poder e de economia.” *Ibidem*.

CAPÍTULO 3 - A NÃO CONCRETIZAÇÃO NORMATIVO JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS COLETIVOS E NÃO REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fenômeno da não concretização constitucional e do uso ideológico das normas princípios, como já demonstrado, ocorre também com as normas programáticas. O Estado retórico-constitucional apoiado na alopoiese do direito e na Constitucionalização simbólica é uma clara alusão ao problema da ineficácia e ineficiência da normatividade jurídico-constitucional, no que tange, a não legitimação procedimental do sistema democrático¹⁷² e não concretização dos direitos coletivos. O “estado do bem estar” positivado na Carta Magna não é realizado socialmente, e implica o problema da eficácia da norma constitucional quando se entende que a eficácia da lei é a concretização normativa do texto legal, ou seja, sua, observância, execução, aplicação e uso do direito.¹⁷³

A “eficácia é a referência aos fins do legislador ou da lei”¹⁷⁴; e a “efetividade se refere à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade legislativa, isto é, a concretização do vínculo meio-fim”¹⁷⁵. Logo, a efetividade e eficácia da normatividade da carta constitucional de 1988 é a implementação real do Estado Democrático de Direito. Tal paradigma político-jurídico não se realiza perante a sociedade brasileira, quando a legitimação procedimental do sistema democrático é bloqueada por interferências alopoiéticas e retórico-constitucional, de não realização das expectativas normativas (constitucionais) generalizadas congruentemente no âmbito de vigência social.¹⁷⁶

O Estado Democrático não existe de fato quando ocorre a relação de exclusão da parte da minoria majoritária descrita como subcidadãos em relação às prestações sociais do Estado garantidas na Constituição, isso revela uma ineficácia e inefetividade de atuação da norma constitucional. Logo, os direitos fundamentais, principalmente os direitos coletivos (estado de bem estar) podem ser caracterizados na categoria da constitucionalização álibi (item 1.2.3).

O sistema jurídico perde a capacidade, devido à alopoiese do direito, de orientar funcionalmente e coordenar a realidade social, e em relação ao direito positivo, de ser orientado pelo campo do real e de atuar de maneira instrumental para resolução das patologias

¹⁷² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 47.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 48.

¹⁷⁶ Ibidem.

sociais. A desjuridificação da realidade constitucional, na ausência de normatividade e concretização do texto constitucional, implicará indubitavelmente na realidade jurídica desconstitucionalizante. Ocorre assim, uma destruição da autonomia operacional do sistema jurídico, pela seletividade imposta através da relativa juridicidade da constituição.¹⁷⁷

Porém, mediante a corrupção sistêmica, na visão de Neves, “A desdiferenciação é inadequada à complexidade da sociedade contemporânea”¹⁷⁸, isso ocorre, independentemente da Constituição Federal ser “identificada com concepções totalitárias”. Destarte, se manifesta a não concretização da normatividade-jurídico-constitucional nos atos do Poder Executivo e pelo uso retórico-semântico das normas programáticas.¹⁷⁹

Os direitos fundamentais são realizados de forma ideológico-utilitarista a satisfazer os interesses particularistas do grupo político controlador, fundamentando as ações econômicas globais mediante a defesa meramente retórica como um álibi (pelo uso dos direitos fundamentais), na esfera pública pluralística brasileira. Revelando, o inverso das ações, o “perigo da desdiferenciação” e politização bloqueando a autonomia operacional do direito.¹⁸⁰

Desta forma, os Direitos fundamentais sociais, (definindo-se o Estado de bem-estar como “inclusão política realizada”), são caracterizados essencialmente pela política da exclusão, “a manutenção persistente da marginalidade”.¹⁸¹ A práxis governamental não atua, no sentido de efetivar a concretização normativo-constitucional dos direitos sociais, mas mantém várias deturpações estruturais que coíbem a plena funcionalidade dos serviços básicos garantidos constitucionalmente (saúde, educação, segurança pública, desenvolvimento econômico). Assim, o Poder Executivo introduz uma série de programas assistenciais que não visam a solução real e definitiva das necessidades da população, apenas garante, o ciclo de dependência a tais programas, criando o vínculo eleitoral de eterna dependência. Fomentando a subintegração da população marginalizada na sociedade brasileira contemporânea.¹⁸²

O caso claro de corrupção sistêmica e “Constitucionalização simbólica”, ocorre quando, o Estado não investe na infraestrutura física e funcional do sistema de saúde, levando os cidadãos, principalmente a burguesia e a classe rica (sobrecidadãos) a pagar e custear

¹⁷⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 75.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

planos de saúde (empresas do poder econômico mundial) além de também custear a saúde pública, e a classe marginalizada não tem acesso ao serviço com o mínimo de qualidade (hospitais sem equipamentos, falta de remédios, ausência de médicos.), e não tem condições financeiras de recorrer à política da saúde privada. A insuficiente concretização do texto normativo constitucional neste caso, revela o domínio do Poder político-econômico globalista sobre o sistema político brasileiro (desconstitucionalizando-o), que coloniza e bloqueia a autonomia operacional do sistema jurídico na realidade social brasileira.

Tal situação, também se manifesta na Educação, onde a classe, predominantemente detentora de um poder financeiro-aquisitivo, ricos ou classe média, custeiam a rede de escolas particulares (e a pública também, pelos impostos). Enquanto a classe majoritariamente pobre, não tem acesso ao mesmo tipo de rede educacional, dependendo integralmente da educação pública, que por sua vez, enfrenta sérias dificuldades de recursos financeiro-estatal, contando com a falta de professores, “escolas sucateadas” e violência nas escolas (ausência de segurança).

Tal percepção político-sociológica, revela o uso retórico e simbólico da Constituição Federal de 1988, pelos detentores do Poder político, no que tange, a eficácia e efetividade da concretização dos direitos fundamentais, desamparando a população de forma generalizada, e não dando vigência social a normatividade constitucional. Portanto, favorecendo por último, as instâncias metacapitalistas¹⁸³ empresariais do Poder hegemônico político-econômico global caracterizando o mecanismo da Alopoiese.

A falta de legitimação de tal regime do governo brasileiro, a luz do procedimento democrático real, leva sem dúvida, à estagnação política e histórica do país. Os agentes da estrutura real do poder utilizam a Constituição Federal como mera carta técnico-semântica-retórica para legalizar as ingerências particularistas do sistema economicista a partir do poder político e dos agentes reais do poder político mundial sobre a economia. Gerando assim, uma desconfiança institucional nas ações políticas do Estado, como produto resultante do discurso constitucionalista do poder e da falta de concretização normativa e da generalização congruente da Carta Constitucional de 1988.¹⁸⁴

¹⁸³ CARVALHO, Olavo. A nova estrutura do poder mundial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENVUedxA>> Acesso em: 10 de novembro de 2014.

¹⁸⁴ “(...) Desmascarada a farsa constitucionalista, segue-se o cinismo das elites e a apatia do público (...), logo, a autoridade pública cai em descredito (...), ainda, a inconsistência da ordem constitucional desgasta o próprio discurso constitucionalista dos críticos do sistema de dominação.” NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011, p.188.

Nesse sentido, a não concretização da normatividade jurídico constitucional leva a dois casos reais de deterioração social e a uma espécie de genocídio da população brasileira que são: a mistanásia e o alto índice de mortes violentas por crimes hediondos no Brasil. As consequências brutais do descaso histórico dos agentes políticos estatais de todos os Três Poderes seja pelo uso retórico-ideológico do texto constitucional, ou pela não efetividade e eficácia jurídico-política em reformar a realidade social será abordado a seguir.

3.1 O direito fundamental a saúde no Brasil: O retrato da exclusão – a mistanásia

Mediante todas as patologias sociais e mazelas históricas, sem dúvida, a mais extrema é o não acesso a saúde de qualidade seja pública ou privada enfrentada pelos brasileiros, e pior ainda, a oferecida pelo Estado como prestação das garantias constitucionais. A não concretização normativo-jurídica do direito coletivo de “acesso a saúde” é um desrespeito e falta de eficácia e efetividade do macro-princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade perante a lei e não realização da cidadania.

Assim, como nos mostra Pêcego e Silveira, pela práxis governamental o Estado é omissivo ou age de maneira intencional ao não investir no serviço de saúde público garantido no texto constitucional. Tem-se como efeitos a morte dos indivíduos que procuram tal serviço devido à “falta de saneamento hospitalar”, ausência de “leitos nos hospitais”, falta de medicamentos e médicos. Tal situação fática, causa o fenômeno da mistanásia, ou seja, a morte miserável e prematura dos indivíduos no sistema de saúde.¹⁸⁵

O caráter negro e sombrio da mistanásia, além da não concretização de um direito básico a vida das pessoas, principalmente da massa marginalizada, é a “higienização social”.¹⁸⁶ Ou seja, os excluídos e os miseráveis deixam-se morrer sem a prestação do devido auxílio, por parte daquele que deveria proteger o cidadão o “Estado democrático de direito”. É evidente a relação de promiscuidade por parte dos agentes públicos porque o dinheiro para o investimento existe, o problema se dá na falta de uma política séria e na ausência de vontade por parte da classe dirigente governamental.

Esta grave tragédia é fruto da exclusão e da corrupção sistêmica que solidifica as

¹⁸⁵ PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza e SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Mistanásia: uma questão de direitos coletivos e cidadania. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/view/258/265>> Acesso em: 11 de novembro de 2014.

¹⁸⁶ Ibidem.

relações de subcidadania e sobrecidadania dos indivíduos sobrecidadãos e subcidadãos. A exclusão revela empiricamente a Constitucionalização simbólica em seus dois sentidos; no negativo porque demonstra a não concretização e a realização da norma programática prestacional; e positivo porque a prestação da garantia constitucional é instrumentalizada de maneira retórica para satisfação dos interesses políticos e econômicos geralmente como álibi político eleitoreiro. Neste último caso, o agente político usa a relação de exclusão que a classe marginalizada está imergida, para lhe fazer promessas em razão do cumprimento prestacional, tornando assim um álibi para aquele que faz a promessa. Por exemplo, o alto grau de qualidade na saúde pública é amplamente prometido nas campanhas eleitorais, como um álibi, e funciona no sentido discursivo e argumentativo retórico para a obtenção de votos.

Portanto, na visão de Porfírio, a mistanásia é a institucionalização da exclusão social e representa “um fenômeno alienador da própria condição humana”.¹⁸⁷ Logo, a desconstitucionalização da “dignidade humana” é a realização da desumanização e a possível dessacralização da vida que fica tão evidente neste processo de alienação e extermínio da vida humana que é a morte miserável nos hospitais.

A alopoiese é intimamente ligada a ideia do surgimento histórico do *homo economicus*,¹⁸⁸ e o bloqueio da autonomia sistêmica de todos os sistemas pelo código econômico se relaciona com a expressão “o ter prevaleceu e prevalece sobre o ser e o homem social, em nossos dias, e se enxerga o próximo como objeto de interesse”.¹⁸⁹ O domínio de toda a esfera da vida humana passa pelo princípio economicista substituindo o amor, a amizade, solidariedade, a metafísica e a comunicação política como pontos centrais da existência do ser humano.

O processo de exclusão social se inter-relaciona com a questão da dessacralização da vida humana e do ser. O subcidadão, ao não ter direito ao mínimo existencial, é eliminado da sociedade, ocorre assim, um processo de desumanização.¹⁹⁰ Os idosos, crianças órfãs e os moradores de rua, todos os marginalizados, não possuem a dignidade da pessoa humana, inerente a autonomia e autodeterminação de si mesmos protegida pelo Estado, e serão

¹⁸⁷ PORFÍRIO, Danilo de Castro Vieira. *Mistanásia – um novo instituto para um problema milenar*. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero7/mistanasia.pdf>> Acesso em: 11 de novembro de 2014.

¹⁸⁸ BOURDIEU, Pierre. *Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo-SP: Perspectivas. 2007.

¹⁸⁹ PORFÍRIO, op. cit.

¹⁹⁰ SCIACCA, Michele Federico. *Filosofia e antifilosofia*. São Paulo-SP. É realizações. 2011.

institucionalizados na política de exclusão e relações de subcidadania.¹⁹¹

Assim, os indivíduos condenados a mistanásia são lançados propositalmente á desumanização e a negação do direito a vida. Não possuirão direito ao mínimo existencial social, e a garantia constitucional de integridade física e tratamento de doenças. A situação é dramática nas emergências dos hospitais públicos, sanatórios, nos hospitais geriátricos pobres, nos orfanatos e principalmente nas ruas.¹⁹² O abandono do poder público a estas pessoas é um caso claro da “desconstitucionalização fática” (item 1.2.4).

O problema da mistanásia se materializa a partir do desrespeito e da não concretização de três princípios essenciais do Estado constitucional que são a dignidade da pessoa humana, do direito a vida e do direito a saúde. Contudo, o efeito nefasto de tal realidade, segundo Angotti Neto, é a “morte da medicina”.¹⁹³

Segundo este autor, “a essência da medicina é o respeito a vida”¹⁹⁴ e o dever do trabalhador do sistema de saúde é a defesa da vida, logo, o dever do Estado Democrático é defender o acesso a saúde. No Estado constitucional contemporâneo, por princípio, a vida é um valor inegociável, e na evolução histórica dos direitos humanos os seres humanos tem o direito a vida e este direito é inalienável e se consubstancia como um direito moral possuidor de valor axiológico inerente a natureza humana. O direito a vida se manifesta e se concretiza na medicina, principalmente na medicina pública, e para Angotti Neto, “nós (médicos) atribuímos valor a uma vida porque a vida tem um valor em si mesma”¹⁹⁵, por tanto, perante o Estado de democrático de direito o valor da realidade objetiva humana é o “direito moral a vida”.¹⁹⁶

Porém, no momento histórico atual na República Federativa do Brasil, a população brasileira é refém da constitucionalização simbólica, da alopoiese do direito e da corrupção sistêmica. Devido a não concretização da normatividade-jurídico constitucional dos

¹⁹¹ PORFÍRIO, Danilo de Castro Vieira. *Mistanásia – um novo instituto para um problema milenar*. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero7/mistanasia.pdf>> Acesso em: 11 de novembro de 2014.

¹⁹² O Professor Danilo Porfírio caracteriza a questão como: “A mistanásia passiva ou omissiva, tema em questão neste texto, é o processo de nadificação da pessoa, por meio da antecipação da morte ou o prolongamento de dor ou sofrimento desnecessário, devido a negligência, imprudência ou imperícia no atendimento médico. Seria, portanto, a inacessibilidade do indivíduo ao tratamento necessário à preservação de sua saúde (condição quantitativa ou ontológica / neste caso a pessoa não consegue se tornar paciente), ou acessibilidade precária, carente de condições adequadas para o correto tratamento (condição qualitativa ou axiológica).” *Ibidem*.

¹⁹³ NETO, Hélio Angotti. *A morte da medicina*. Campinas-SP: Vide editorial. 2014.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 68

¹⁹⁶ *Ibidem*.

direitos fundamentais, ocorre a perda do valor a vida. Nesse sentido, e concordando com a percepção de Porfírio sobre o processo de reificação e nadificação do ser humano, na mistanásia, os seres humanos passam a ser rotulados como não-pessoas.¹⁹⁷ Assim, a vida passa a não valer mais nada, as pessoas morrem nos hospitais e o direito a vida sofre uma relativização e surge a questão do “sujeito despersonalizado”.¹⁹⁸ Dentro deste contexto a medicina vira um palco de pesadelos.¹⁹⁹

O sentido positivo da Constitucionalização simbólica (item 1.2.2), diz sobre o uso retórico-ideológico dos princípios constitucionais como mecanismo de perpetuação da dominação política e econômica sobre a população, através do direito a saúde, transforma “a medicina é um importante instrumento de manipulação e controle das massas”.²⁰⁰ Sem o acesso a saúde de qualidade como prestação garantida constitucionalmente, leva os indivíduos a buscarem o sistema de saúde privado, que pela alopoiese (item 1.3), “transforma paciente em um cliente, e o médico se transforma em prestador de serviços”.²⁰¹ Tal processo revelará a burocratização do sistema de saúde que transformará o médico em um mercador de produtos.²⁰²

A parte da população mais necessitada, que são os subcidadãos, não terá oportunidade de serem atendidos no sistema privado de saúde e ficará a total disponibilidade do contingente que será absorvido pela mistanásia, assim na visão do paradigma a “morte da medicina” “o médico deixa de ser aquele que cuida da vida para se tornar no eficaz distribuidor da morte”.²⁰³ Esse movimento espúrio de desrespeito aos direitos fundamentais causa a ascensão da cultura da morte e o fim da civilização brasileira. É o extermínio dos indefesos e dos inocentes.²⁰⁴ A única explicação para tal descaso dos agentes públicos estatais e a sua insensibilidade perante tal massacre a população carente brasileira, só pode ser buscada na reflexão metafísica filosófica da ação do mal e do puramente maligno.

Assim, o importante de se relatar perante o processo de mistanásia é a taxa de mortes nos hospitais que poderiam ser evitáveis e que a internação no sistema único de saúde no Brasil (SUS) revela um alto índice de chances do paciente vir a óbito. Em pesquisa

¹⁹⁷ NETO, Hélio Angotti. *A morte da medicina*. Campinas-SP: Vide editorial. 2014.

¹⁹⁸ RATZINGER, Joseph (Bento XVI). *Ser cristão na era neopagã*. Campinas-SP: Ecclesiae. 2014.

¹⁹⁹ NETO, op. cit.

²⁰⁰ NETO, Hélio Angotti. *A morte da medicina*. Campinas-SP: Vide editorial. 2014.p. 11.

²⁰¹ Ibidem, p 17.

²⁰² Ibidem, p.17.

²⁰³ Ibidem, p. 53.

²⁰⁴ Ibidem.

realizada por Nelson Iucif Jr e Juan S Yazlle Rocha²⁰⁵, na cidade de Ribeirão Preto-SP, nos três sistemas de financiamento – o público (SUS), o privado (não SUS) e o dos planos de saúde (não SUS), evidencia-se uma taxa de mortalidade maior no SUS. Também se observou que os trabalhadores com uma renda *per capita* maior usam o sistema de saúde privado e planos de saúde (não SUS), enquanto os trabalhadores de baixa renda utiliza prioritariamente o sistema público (SUS).²⁰⁶

A conclusão do estudo citado é que “a taxa de mortalidade hospitalar dos pacientes SUS era maior do que a dos pacientes não-SUS”.²⁰⁷ Portanto, o desempenho de qualidade do sistema de saúde é marcado pelo número de óbitos nas unidades hospitalares. Por fim, os serviços públicos ofertados pelo Estado como garantia constitucional é usufruído prioritariamente pela camada mais pobre da população, principalmente os subcidadãos, e estes estão relacionados a uma situação de exclusão e estão desprovidos do sistema de saúde de qualidade, seja, SUS (público) ou não SUS (privado).²⁰⁸

Tal realidade, de alto índice de mortalidade e mistanásia, demonstra claramente a desconstitucionalização fática e a não concretização da normatividade-jurídico constitucional no que tange os princípios basilares do Estado democrático de direito que são a dignidade da pessoa humana, o direito a vida, e a efetivação e eficácia do direito fundamental social de acesso com qualidade ao sistema de saúde (direito a não morrer nas instalações hospitalares por causas que poderiam ser evitadas).²⁰⁹

²⁰⁵ Para Iucif Jr e Yazlle Rocha: “Na avaliação das mortes hospitalares, a preocupação central deve estar voltada para a identificação daqueles óbitos que podem ser considerados como evitáveis, reconhecendo-se que existe um risco de morrer inerente ao paciente, que define as suas probabilidades de sobrevivência, mas que problemas de qualidade no processo de cuidado ao paciente podem aumentar esse risco.” IUCIF JR E YAZLLE ROCHA. *Estudo da desigualdade na mortalidade hospitalar pelo índice de comorbidade de Charlson*. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v38n6/05.pdf>> Acesso em: 20 de março de 2015.

²⁰⁶ “Yazlle Rocha²⁴ (1997) verificou que no município de Ribeirão Preto, a internação de pessoas economicamente ativas se constituía de dois subconjuntos sociais. Profissionais de maior renda, com seus familiares, eram predominantes nas hospitalizações na rede privada de assistência, enquanto que os trabalhadores de menor renda predominavam nas hospitalizações na rede pública. Analisando os pacientes que foram a óbito nos três sistemas de financiamento – particular, planos de saúde e o sistema público – foram constatadas diferenças no coeficiente de mortalidade hospitalar na duração média de internação, e na idade média dos pacientes.” *Ibidem*, p. 781.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ IUCIF JR E YAZLLE ROCHA. *Estudo da desigualdade na mortalidade hospitalar pelo índice de comorbidade de Charlson*. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v38n6/05.pdf>> Acesso em: 20 de março de 2015.

3.2 Morticínio por crimes hediondos no Brasil – o caos da segurança pública e o genocídio brasileiro.

Como visto anteriormente, para Bonavides, “a legitimidade do Estado democrático de direito se realiza na proteção dos direitos fundamentais”, que é a “a coluna vertebral do Estado de direito”²¹⁰, e será materialmente determinada pelas garantias constitucionais sociais e individuais (item 1.1.4.1). Nesse sentido, os princípios da dignidade da pessoa humana, direito a vida, cidadania, liberdade, igualdade, a segurança e realização dos direitos humanos, são pressupostos básicos do Estado constitucional e devem orientar todo o arcabouço jurídico de legalidade, bem como, orientar a estrutura social e a intersubjetividade cotidiana da vivência individual de cada cidadão. Os princípios constitucionais básicos devem proteger a diferenciação social.²¹¹

Porém, tal premissa epistemológica não foi efetivada na República Federativa do Brasil após a Constituição Federal de 1988. Devido a um fenômeno macrossocial assustador que é o alto índice de homicídios e de criminalidade no país, que representa a institucionalização da violência como meio de solução dos problemas do sujeito individual. Assim, fica evidente o descumprimento do Estado constitucional por parte dos agentes estatais e políticos que reforça a ideia da não concretização das normas constitucionais (os princípios fundamentais) e a perda da força normativa da Constituição.

Nos dados da “anistia internacional” as taxas de segurança pública tem os seguintes resultados: No Brasil 1.202.245 pessoas foram vítimas de homicídios entre 1980 e 2012 e houve um crescimento da taxa de homicídio no Brasil em 32 anos (1980 a 2012) de 148,5%.²¹²

E ainda, observa-se as taxas de homicídios por países, no ano de 2012, em um índice por 100 mil pessoas: Canadá 1,6 – E.U.A 4,7 - Cuba 4,2 – Haiti 10,2 – Peru 9,6 – Bolívia 12,1 – Chile 3,1 – Uruguai 7,9 – Paraguai 9,7 - Marrocos 2,2 – Senegal 2,8 – Angola 10 – Quênia 6,4 – Palestina 7,4 – Arábia Saudita 0,8 – Paquistão 7,7 – Índia 3,5 – Malásia 2,3 – Vietnam 3,3 – Afeganistão 6,5 – Rússia 9,2 – Iraque 8 – Israel 1,8 – Irã 4,1 – Dinamarca 0,8 – Suécia 0,7 – Holanda 0,9 – Islândia 0,3 – França 1 – Espanha 0,8 – Portugal 1,2 – Itália 0,9

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo-SP: Malheiros editora. 2009. p. 588-589.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² ANISTIA INTERNACIONAL. Dados da campanha: Veja as taxas de homicídio no Brasil. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/dadoshomicidio/>>. Acesso em: 21 de março 2015.

– Húngria 1,3 – Áustria 0,9 e Brasil 29,0.²¹³

Agora segundo o anuário de segurança pública do ano de 2014, que tem como fonte a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp) /Ministério da Justiça, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o Ministério da Saúde/DATASUS e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública²¹⁴, são os dados observados:

Foram “53.646 mortes violentas em 2013, incluindo vítimas de homicídios dolosos e ocorrências de latrocínios e lesões corporais seguidas de morte, 1,1% superior ao de 2012, quando foram registradas 53.054 mortes violentas.”²¹⁵ Portanto, “a cada 10 minutos, 1 pessoa é assassinada no Brasil.”²¹⁶

E ainda, a taxa de homicídios (número de vítimas) por países, segundo o mesmo instituto no ano de 2013: “homicídio e taxa por 100 mil habitantes - União Européia - 27 países - 5.539/1,1 - França – 665/1,0 - Alemanha – 662/0,8 - Reino Unido – 653/1,0 - Brasil - 50.806/25,2 - Chile – 550/3,1 - Guatemala - 6.025/39,9 - EUA - 14.827/4,7.”²¹⁷

Outros crimes são: 1) os estupros que foram 50.320, sendo que só 35% do casos são registrado pelas autoridades policiais e estima-se que devem ter havido um numero real de 143.000 em 2013.²¹⁸ 2) Homicídio culposo de transito em 2012 na ordem de 18.868 mortos e em 2013 na ordem de 18.592 mortos.²¹⁹ 3) Tentativa de homicídio em 2012 na ordem de 44.501 e em 2013 na ordem de 48.072.²²⁰ 4) Roubo em 2012 foram 1.059.664 e em 2013 foram 1.188.245.²²¹ 5) o numero de policiais mortos violentamente foram de 490 em 2013, e nos últimos cinco anos (2009-2013) foram de 1.770 policiais mortos.²²²

É necessário também observar o numero de homicídios por “crimes violentos letais e intencionais”²²³ referentes aos últimos cinco anos: 2009 – 44.518 mortos; 2010 –

²¹³ ANISTIA INTERNACIONAL. Dados da campanha: Veja as taxas de homicídio no Brasil. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/dadoshomicidio/>>. Acesso em: 21 de março 2015.

²¹⁴ ANUÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2014_20150309.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2015.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ibidem, p. 6.

²¹⁷ Ibidem, p. 7.

²¹⁸ Ibidem, p. 6.

²¹⁹ Ibidem, p. 21.

²²⁰ Ibidem, p. 28.

²²¹ Ibidem, p. 25.

²²² Ibidem, p.6.

²²³ “A categoria "Crimes Violentos Letais Intencionais" agrega as vítimas de Homicídio Doloso e ocorrências de Latrocínio e Lesão Corporal seguida de Morte.” ANUÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2014_20150309.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2015. p. 20.

43.272 mortos; 2011 – 48.084 mortos; 2012 – 53.054 mortos; 2013 – 53.646 mortos.²²⁴ Mais um dado importante é que o Estado brasileiro gastou apenas no ano de 2013 um total de R\$ 258 bilhões em segurança pública, incluindo os gastos com sistema prisional, e tal valor corresponde a exatamente 5,4% do produto interno bruto (PIB) do Brasil.²²⁵

Por último, na década de 1994/2004 houve um aumento de 48,4% no número de homicídios que passou de 32.603 para 48.374. Índice bem maior do que o aumento populacional que foi de 16,5% referente ao mesmo período. Estes são os índices do Sistema de informações sobre mortalidade do Ministério da saúde do Brasil.²²⁶

Bem mediante aos dados empíricos observáveis a de se concluir que tal fenômeno macrossocial esta longe da normalidade e passa do limite do aceitável em qualquer paradigma sociológico, antropológico, histórico, jurídico, filosófico ou teológico. O Brasil passa a ser o país que mais “se mata” no mundo e a institucionalização da violência é uma tragédia que afeta a vida de todos os habitantes na nação seja diretamente ou indiretamente.

O número de homicídios, roubos, estupros, mortes no trânsito, latrocínio, lesões corporais seguidas de morte, são os maiores do mundo e talvez sejam os maiores da história da humanidade, e de toda a história das civilizações. Tal fenômeno chamaremos de o “genocídio brasileiro”. Tal situação representa a possível extinção da base estrutural normativa da sociedade, bem como, do Brasil como civilização.

E agora perguntamos: onde se encontram os agentes estatais, políticos, econômicos responsáveis por dirigir e governar o país? Qual o papel do direito perante a dramática e deplorável situação? Questões muito complexas de obtenção de resposta, por que dá a entender que a nação não tem comando político-estrutural, e assim, não tem perspectiva de futuro e esperança da solução das patologias sociais construídas ao longo de 515 anos de história.

É certo que grande parte dos homicídios por mortes violentas surgem em decorrência do narcotráfico e do crime organizado. Essas atividades criminosas se apresentam de maneira estrutural nas relações de poder, representam um poder oculto e paralelo, e se

²²⁴ ANUÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2014_20150309.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2015. p. 30.

²²⁵ Ibidem, p. 7.

²²⁶ O MAPA DA VIOLÊNCIA DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS. Brasília-DF. 2007. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mapa_da_violencia_baixa1.pdf>. Acesso em: 21 de março de 2015.

infiltram no seio da sociedade, manifestando a cultura da morte, dessacralização da vida humana e despersonalização do ser. É evidente, mediante ao autismo do Estado, que pela relação de promiscuidade entre a inefetividade do combate do crime organizado e narcotráfico por parte dos agentes públicos, revelam a não concretização, e o desrespeito ao direito a vida, dignidade humana e a segurança. É de salientar também, a quantidade de crimes que ocorrem devido a extensão da própria atividade de traficância e vício, como por exemplo roubos e latrocínios.

A grande conclusão possível de se relatar no presente estudo é o descompromisso e desrespeito á vida, a dignidade humana, e a liberdade que o Estado brasileiro impõem aos seus cidadãos. E evidencia-se a esfera de injustiça que tem plena vigência social. Assim ocorre, a incapacidade do Estado de se efetivar a justiça e a manutenção da injustiça como forma de governo.

Vale ressaltar que a justiça aqui não é no sentido do legalismo de aplicação da lei que gera a condenação do indivíduo que comete o ato ilícito. E também, não é justiça no sentido do aparelhamento ou todo o aparato jurídico do Estado existente efetivo para a condenação de alguém. A noção de justiça aqui utilizada se faz, na medida que, o Estado que é responsável por proteger o cidadão e as garantias constitucionais (direito a vida, liberdade, segurança, dignidade humana) não realiza sua responsabilidade, gerando um grau de injustiça perante a população e o desrespeito ao direito das vítimas.

A negação e o descumprimento dos direitos fundamentais é gritante, já que este representa a “a alma do Estado democrático”, e a sua não concretização é a perspectiva material da não realização do Estado democrático de direito no Brasil. Tal figura jurídica estatal existe apenas “no papel” no conjunto de leis de maneira positiva mas não se concretiza como estrutura normativa social capaz de coordenar os assuntos da vida cotidiana no país.

Portanto, “os dados linguísticos” da Constituição Federal não tem correspondência com os “dados reais”, com a realidade social (Item 1.2.1). Os direitos fundamentais que se pautam na inclusão de todos os indivíduos que nascem perante aquela ordem jurídica-estatal não possuem eficácia normativa. Logo, impera a exclusão social dos direitos mais básicos a uma vida digna dando origem a participação na vida social de maneira marginalizada (item 1.1.4.1).

Nesse sentido, o Estado constitucional com seus alicerces do sistema jurídico constitucional, que são os princípios da “dignidade da pessoa humana” e da “igualdade

perante a lei”, será deturpado em suas “linhas mestras” (item 1.2). E apenas existirá como “dados linguísticos” que serão usados na forma simbólica e ideológica como “curingas” que legitimaram a corrupção sistêmica. A concretização dos direitos fundamentais deveria incluir a população, porém, não se realizará como expectativas normativas congruentemente generalizadas. Contudo, “a realidade constitucional passa a ser excludente” (item 1.4) e as normas constitucionais, que deveriam ser incluídas, passam a ser excludentes e os valores constitucionais servem como mecanismo de manutenção da dominação do *status quo*, perante o uso técnico-retórico da principiologia da Carta Magna.

Tal é a realidade descrita com precisão por Neves conhecida como “Constitucionalização Simbólica”. Esta, vincula a exclusão da população das prestações políticas garantidas pelo Estado de constitucional, “mantem inalterados os problemas históricos nacionais” e obstrui a realização do Estado constitucional (item 1.2). Aparecerá então a figura da subintegração ou sobreintegração dos cidadãos e a concretização desconstitucionalizante devido a não a realização do princípio da igualdade. Assim se efetiva a “realidade constitucional inconstitucional”.²²⁷

O “genocídio brasileiro” com sua média anual de 50.000 mortes ano por crimes violentos, demonstra o claro descumprimento da normatividade-jurídico constitucional, no que tange a concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos por parte do Estado, do governo, dos políticos e do poder econômico. A não efetivação e eficácia jurídica do macro princípio da dignidade da pessoa humana e do direito a vida, bem como, do direito a liberdade e segurança, no Brasil, tem um efeito devastador consumindo a própria estrutura social e representando uma “desorganização sistemática da sociedade”.²²⁸

Portanto, o alto grau de corrupção sistêmica oriunda da concretização da “desconstitucionalização fática” (item 1.2.4), ensejando a “Constitucionalização simbólica”, somado ao fenômeno macrossocial brasileiro do alto número de homicídios ano revela que o Estado democrático de direito na República no Brasil não fora realizado apesar de todo complexo jurídico existente.

Não pode haver Estado democrático no mundo com um índice de violência tão alarmante em que esteja ocorrendo um genocídio da população (em todas as classes), da maneira que ocorre no Brasil. Todos os princípios e garantias constitucionais são apenas

²²⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

²²⁸ MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Rio de Janeiro-RJ: Zahar. 1967.

assegurados sob um ponto de vista legalista e positivista, com o seu uso utilitarista e retórico ideológico não alterando a estrutura vigente de poder no Brasil necessária para a real concretização do Estado democrático de direito neste território (brasileiro).

3.3 A desestruturação e não realização principiológica dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

A tese de que os direitos fundamentais deveriam construir a realidade social passa por uma crise de sentido evidente como nos demonstra os casos de corrupção sistêmica e da alopoiese do direito. Seria mais correto a afirmativa sociológica de que os direitos fundamentais são a expressão coordenativa da diferenciação social positivada constitucionalmente, oriunda do princípio da diferenciação funcional e da divisão social do trabalho. Tal contexto, possui, uma fonte epistemológica mais sólida e concreta para plenitude da vigência social dos princípios e garantias constitucionais frente a corrupção sistêmica. Os direitos fundamentais como arcabouço jurídico que conserva a diferenciação funcional da sociedade contra a perspectiva da desdiferenciação.²²⁹

Com a alopoiese dos sistemas sociais e as injunções particularistas dos agentes políticos e econômicos que bloqueiam a autonomia operacional do sistema jurídico, e portanto, afeta a concretização dos direitos fundamentais, ocorre o fenômeno da desdiferenciação social. Assim, teremos a hipertrofia de um único sistema (geralmente o econômico ou político) que será sobreposto frente aos outros sistemas (político, econômico, jurídico, moral, militar, religioso). A desdiferenciação funcional desestrutura a ordem social e desorganiza toda a sociedade em suas bases elementares criando uma desarmonia entre os sistemas, dando origem a fenômenos macrossociais que por fim influenciaram a vida cotidiana e intersubjetiva de cada sujeito individual.²³⁰

O exemplo mais claro de tal situação, no Brasil, são os fenômenos macrossociais da mistanásia e do “genocídio brasileiro” (alto índice de homicídios). Na verdade estes dois fenômenos são apenas um só que é o morticínio da população. A perda da capacidade normativo-jurídica em proteger o caráter da diferenciação, reportará, em vias alternativas de solução dos problemas sociais e individuais dos cidadãos, perante a alta complexidade social e o caráter da contigência. Tais vias alternativas são o uso da violência institucionalizada tanto

²²⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

²³⁰ *Ibidem*.

por parte das relações entre o indivíduos, como por parte do Estado, do governo e da classe político-econômica, quando esta, é insensível perante as patologias sociais (a mistanásia é uma forma de violência).

Nesse sentido, se manifesta uma “insensibilidade aos problemas sociais” e o “autismo jurídico” (item 1.4) por parte do Estado, causando uma crise social emanada da desdiferenciação social e não concretização das normas constitucionais. Por tanto se realiza a “desjuridificação da realidade constitucional”, a Constituição perde o poder de orientar e influenciar a vida cotidiana brasileira, e o cidadão na vivencia do direito (item 1.3).²³¹

A mistanásia e o “genocídio brasileiro” caracterizam a desconstitucionalização da realidade fática porque representam a não universalização dos direitos fundamentais, e assim, ocorre o desvio de finalidade da Constituição. A partir da não concretização dos direitos fundamentais do Estado constitucional se manifesta o fenômeno da “Constitucionalização simbólica”.

A descaracterização do constitucionalismo passa pela eternização das relações reais de poder, que deveriam ser alteradas estruturalmente para que se concretize a Constituição Federal de 1988. Por fim, a Carta Magna do Estado ainda representa uma “ilusão ideológica”, devido ao fato dos princípios e garantias constitucionais serem usados de maneira retórico-instrumental e ainda constituírem um álibi contra as efetivas transformações e melhorias das condições de vida da população (item 1.2.3).²³²

3.3.1 A inefetividade e ineficácia dos princípios constitucionais.

Perante aos fenômenos macrossociais já demonstrados temos a não concretização da principiologia constitucional e a não realização do Estado democrático de direito no Brasil. O artigo primeiro da Constituição Federal de 1988 positiva o Estado Democrático de Direito como o modelo de Estado no Brasil. E ainda, tem como princípios fundamentais positivados no artigo primeiro da Constituição da República Federativa do Brasil: a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.²³³

Os referentes princípios mediante ao morticínio brasileiro não foram concretizados, não gozam de eficiência e eficácia jurídico-constitucional. A soberania do

²³¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

²³² Ibidem.

²³³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 de março de 2015.

Estado e do povo não é respeitada frente ao alto índice de indivíduos brasileiros que perdem a vida diariamente que como demonstrado no item 3.2, a cada dez minutos uma pessoa é assassinada no Brasil. Este índice de homicídios é superior a todos os conflitos armados no mundo atualmente, e tal fato representa um claro atentado a soberania do Estado por se tratar de uma guerra velada e oculta com um enorme efeito destrutivo sobre a população.

A cidadania não é concretizada devido ao fato já abordado (item 1.4) da corrupção sistêmica que faz surgir as relações de subcidadania e sobrecidadania que são a não efetividade e eficácia jurídica-normativa do princípio da igualdade. Como já observado no Item 2.3, a dignidade da pessoa humana não foi realizada pela falta de delimitação semântica argumentativa emanada pelos próprios agentes estatais, ou pelo uso retórico como “curinga argumentativo” para legitimar os ganhos de causas dos escritórios de advocacia.

Ainda no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 em seu parágrafo único diz “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.²³⁴ Tal regra não é respeitada apesar de haver as eleições aparentemente democrática, os representantes eleitos lutam politicamente pelos seus “objetivos políticos concretos” e particularistas (item 1.2.2). Logo, estarão responsáveis pelas injunções particularistas do poder que bloqueiam a operacionalidade da autonomia do sistema jurídico e do subsistema constitucional, portanto, a classe política não trabalha para representar a população em suas necessidades sociais mais básicas, mas apenas para cumprir sua agenda egotista neoaristocrática.

O artigo 3º da Constituição nos traz os seguintes objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²³⁵ Na ideia da não concretização dos precedentes constitucionais, o precedente I não se efetiva com a realidade da mistanásia e da violência institucionalizada, porque não há a construção da sociedade livre justa e solidária mediante o alto índice de mortes evitáveis todos os dias. No precedente II, não há o desenvolvimento nacional pelo motivo lógico do número de tantas pessoas

²³⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 de março de 2015.

²³⁵ Ibidem.

assassinadas e abandonadas no sistema de saúde e pela não concretização dos direitos fundamentais de forma material no país. No precedente III, pela exclusão da população as prestações básicas garantidas na Constituição, bem como, o surgimento das relações de subcidadania materializam a característica da marginalização. No precedente IV, o Estado com o fenômeno da violência institucionalizada não promove o bem de todos.

No artigo 4º, da mesma Constituição, é descrito os princípios: II - prevalência dos direitos humanos, VI - defesa da paz.²³⁶ Em relação do precedente II, como o morticínio de tantos brasileiros anualmente, há uma negação total dos preceitos referentes aos direitos humanos²³⁷, assim como, a não realização dos direitos fundamentais. No precedente IV, a população brasileira, principalmente nos grandes centros urbanos e nas metrópoles do Rio de Janeiro e São Paulo, é refém da violência urbana institucionalizada, e com o alto número de homicídios, estupros, latrocínios, lesão corporal seguida de morte, homicídio no trânsito, roubo, falar em defesa da paz pelo Estado brasileiro é puro discurso retórico-ideológico-instrumental para manutenção das relações dominantes de poder (*status quo*).

No artigo 5º a Constituição Federal positiva como Direitos e Garantias Fundamentais os princípios individuais e coletivos principais que são: A Igualdade perante a lei; o direito a vida; a liberdade.²³⁸ Contudo, esses são os princípios mestres da realidade democrática (junto com a dignidade da pessoa humana) e que não são concretizados no Estado brasileiro e que ainda são utilizados de maneira retórico-ideológica como bloqueio da autonomia operacional e das relações estruturais de mudança no poder neste país. Os princípios da igualdade (cidadania) e igualdade perante a lei foram demonstrados a negação de sua plena vigência social no item 1.4, porque o seu desrespeito materializa-se na corrupção sistêmica. A não concretização, a negação e o desrespeito sistemático dos princípios referentes ao direito a vida e a liberdade foram exaustivamente demonstrados nos itens 3; 3.1; 3.2 e 3.3.

E finalizando esta análise da carta constitucional brasileira em seu artigo 6º, referente aos direitos sociais, a Constituição garante como prestação política do Estado do bem estar os direitos a saúde e segurança.²³⁹ Estes princípios se relacionam diretamente com o

²³⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 de março de 2015.

²³⁷ ANISTIA INTERNACIONAL, *Informe 2014/2015 o estado dos direitos humanos no mundo*. Rio de Janeiro-RJ. 2015. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Web-Informe-2015-03-06-final.pdf>. Acesso em: 21 de março de 2015.

²³⁸ BRASIL. Op. cit.

²³⁹ Ibidem.

macro princípio da dignidade humana e com os outros princípios como os do direito a vida, a liberdade, que não são concretizados e são usados de maneira ideológica-instrumental.

Com a estatística estarrecedora de 53.646 mortes violentas em 2013 (item 3.2), fica evidente a não concretização do direito a segurança no Brasil. Assim como, como a morte miserável mediante sofrimento nos hospitais sejam da rede SUS ou particulares (não SUS) por falta de estrutura hospitalar adequada no sistema de saúde brasileiro (item 3.2) fica clara a não concretização do direito a saúde. A não eficácia e eficiência jurídica destas garantias prestacionais do Estado democrático de direito representa uma fragilidade do estrutural do Estado brasileiro. Logo, a não realização dos direitos fundamentais, assim como, o uso destas garantias como um álibi para os agentes do poder, perpetua a dominação política e econômica existente, sem a previsibilidade de alteração.

3.4 Considerações finais

Portanto fica demonstrado a não concretização da normatividade jurídico-constitucional dos princípios basilares do Estado constitucional no Brasil. E evidencia-se como o “genocídio brasileiro” e a mistanásia são uma clara negação ao direito a vida, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e ao direito a segurança e saúde. A materialização da Constitucionalização simbólica representa claramente a não realização do Estado democrático de direito no Brasil devido ao desrespeito sistemático ao cumprimento dos direitos fundamentais.

O Estado democrático de direito não se realiza apenas no “papel”, no conjunto de leis, mas se efetiva a partir da realidade a ser vivida por cada indivíduo no interior da nação. Assim, na não concretização da normatividade da Constituição, o Estado constitucional passa ontologicamente a não ser ele mesmo, e se efetiva a ser outra coisa ou outro modelo de Estado, que se passa por democrático, mas na realidade verdadeira não o é.

Da estrutura alopoietica dos sistemas sociais surge a corrupção sistêmica. As expectativa jurídico-normativas constitucionais perdem vigência social e a capacidade de universalização, o cidadão comum não vivencia o direito, principalmente os direitos fundamentais como o direito a vida, a liberdade, ao mínimo existencial, a igualdade e dignidade humana. Estes princípios são usados e abusados na prática argumentativa perante os Tribunais, e não há a delimitação jurídico-semântica, o que Neves chamará de

“principialismo que não chega a ser principiologia”. Tal contexto, agrava ainda mais a perspectiva da corrupção sistêmica e as decisões jurídicas oriundas de tal prática. Logo, se efetiva uma alta carga retórica político-ideológica do discurso constitucionalista.²⁴⁰

A questão de porque tal mecanismo de desestruturação do Estado democrático acontece e o motivo real dos atores políticos, jurídicos e econômicos envolvidos não trabalharem para a reversão de situação nefasta e dramática só pode ser encontrada na metafísica. Pela questão da escravização da alma humana pelo puro mal. Invoca-se a metafísica para explicação de tal movimento político-jurídico-sociológico porque a consequência da “constitucionalização simbólica”, na vida de cada brasileiro, é a ascensão da cultura da morte, pessoas estão morrendo e sofrendo de maneira nunca antes pensada.

Nesse sentido, temos o conceito de “banalização do mal”²⁴¹ extraído de Hannah Arendt que se adequa a questão brasileira contemporânea. Mas também temos de observar o conceito de Eric Voegelin²⁴² da degeneração moral e espiritual da sociedade como fator primordial de surgimento do Estado totalitário. E por fim a ideia de Michele Federico Sciacca²⁴³ da dessacralização da dignidade humana e o desrespeito com a vida humana em sua essência, e a desumanização do sujeito humano.

Portanto, a não concretização da normatividade constitucional e seu uso retórico político-ideológico por parte dos agentes estatais, e a realização da “realidade constitucional inconstitucional” e da “desconstitucionalização da realidade constitucional”, manifesta a desdiferenciação social e a perda do direito e do sistema jurídico em regular e orientar as expectativas em torno da vida social e individual do cidadão. Tal contexto, cria graves problemas institucionais e patologias sociais ultra-complexas como é o caso da mistanásia e do “genocídio brasileiro”.

O Estado brasileiro torna-se incapaz de garantir o mínimo existencial para as pessoas que vivem nele, como o direito a vida, a liberdade, a dignidade humana, e segurança e a saúde, não realizando assim, o Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil.

²⁴⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

²⁴¹ Banalização do mal, termo afirmado pela filósofa Hannah Arendt. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo-SP: Companhia das Letras. 1999.

²⁴² VOEGELIN, Eric. *Hitler e os alemães*. São Paulo-SP. É realizações. 2007.

²⁴³ SCIACCA, Michele Federico. *Filosofia e antifilosofia*. São Paulo-SP. É realizações. 2011.

CONCLUSÃO

Na presente monografia evidenciou-se como o Estado constitucional no Brasil promulgado na Nova República se realizou apenas de maneira simbólica, sem a efetiva transformação da realidade política-sociológica. Não se alterou as relações de poder e dominação seculares. E apesar do desenvolvimento econômico aparente, os direitos fundamentais e o estado social não foram implantados em sua plenitude. Assim não houve a tão esperada justiça social e defesa do indivíduo.

Questão relevante a ser discutida é o interesse do desenvolvimento econômico e da redução da desigualdade, como prioridade da agenda governamental, mas não há o interesse imediato com a extinção do número de homicídios e de mortes evitáveis na rede de saúde. Fica evidente a ideia materialista em que os direitos econômicos são usados como um álibi-retórico-discursivo que visa persuadir o cidadão comum e manter a relação de dominação política parasitária.

Nesse sentido, por parte dos agentes estatais, há uma preocupação maior com o direito econômico e de consumo do que com o direito a vida. A dignidade humana e os direitos a vida e a liberdade são relativizados mediante a não concretização dos direitos fundamentais. Não há desenvolvimento econômico real e erradicação efetiva da pobreza sem pleno respeito e vigência social da cidadania, do direito a vida e da dignidade humana.

Este é o contexto filosófico e sociológico atual da Nova República no Brasil, a não realização do Estado constitucional pela não efetiva transformação da estrutura de poder vigente. E como consequência o agravamento dos fenômenos patológicos macrossociais e da crise social no país. O fato é que o mundo em seu processo de mercantilização global (globalização) tornou as sociedades em sistemas supercomplexos.

As sociedades existentes dentro de uma determinada circunscrição territorial estatizada já gozava de um certo grau de complexificação, oriunda divisão social do trabalho. A medida que a mundialização da economia tornou-se um fenômeno inevitável, as sociedades nacionais passaram a ser mais complexas. E esta situação influencia a evolução do direito perante a sua estrutura normativa devida as novas possibilidades de ação, interesses, intencionalidades e consciência que o mundo contemporâneo apresenta para as suas estruturas sociais.

O altíssimo grau de complexificação social eleva a totalidade da multiplicidade de ações recorrentes da estrutura normativa econômica e política e da contigência, fazendo o direito evoluir drasticamente no sentido da diferenciação social e funcional. Portanto para Luhmann, “o crescimento da complexidade social fundamenta-se no avanço da diferenciação funcional do sistema social.”²⁴⁴

A implantação de um Estado Constitucional visa, sobretudo, a garantia desta hipercomplexidade e da fruição das expectativas comportamentais em prol de um desenvolvimento real das sociedades atuais. Portanto, a instituição dos direitos fundamentais visa a proteção da estrutura social e da diferenciação funcional da sociedade contemporânea e da proteção do indivíduo frente a ordem política parasitária e econômica mundial.

Não há mais espaço no mundo de hoje e na história para sistemas políticos retrógrados juridicamente que não visam a proteção da autonomia da consciência individual dos seus cidadãos, bem como, da sociedade e sua estrutura normativa social. Logo, Estados autocráticos, totalitários, clientelistas, patrimonialistas e paternalistas vão contra superestrutura altamente complexa do nosso mundo, e andam literalmente na “contramão da história”.

Nos países de modernidade periférica ou subdesenvolvidos (ou ainda temos a expressão em desenvolvimento), observamos que a estrutura de um Estado democrático não efetivado, que não incorporou de maneira jurídico-normativa toda a carga principiológica do Estado constitucional, passa a ser nociva as “expectativas cognitivas (ser) e as expectativas comportamentais (dever ser)”²⁴⁵ do próprio indivíduo e da própria sociedade.

O que ocorre é o surgimento de fenômenos macrossociais patológicos, como é o caso da mistanásia e da violência institucionalizada. Tal fato social ocorre pela incapacidade e ingerência dos agentes estatais em se adequar a rede complexa da estrutura normativa mundial contemporânea, prejudicando assim a sua sociedade, pela não realização do Estado democrático de direito e da não proteção dos direitos fundamentais e da diferenciação social.

Esta é a situação do Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 no período da Nova República. Não foi constituído um sistema jurídico autônomo e autopoietico, mas o que se conclui é que há um sistema jurídico alopoietico. Ou seja, um direito incapaz de reagir as interferências do ambiente e a hipertrofia da política e do poder

²⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I.*. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983. p. 225

²⁴⁵ *Ibidem*.

econômico, pelas injunções particularistas dos atores elitistas perante o funcionamento do Estado e controle da sociedade.

A autonomia do sistema jurídico é relacionada ao acoplamento estrutural entre política e direito, onde um passa a ser uma limitação do poder do outro. Há também a efetivação dos princípios como a tripartição dos poderes, a garantia do procedimento eleitoral democrático e a concretização dos direitos fundamentais. E sobre tudo, é imprescindível que se efetive de maneira eficaz, ou seja, que as pessoas vivenciem o direito a vida e a dignidade humana, bem como toda a gama de princípios garantidores das liberdades individuais e sociais.²⁴⁶

É importantíssimo ressaltar que o Estado democrático de direito é muito mais do que um conjunto de leis conjecturados em um pedaço de papel, ou a figura retórica dos agentes no poder que nos falam de instituições sólidas. A maior instituição que existe no Estado democrático é o indivíduo cidadão e, conseqüentemente, a sociedade. Estes devem ser protegidos a qualquer custo, e esse é o objetivo dos direitos fundamentais.

Quando a elite política, pelas suas ingerências particularistas no poder, utiliza o aparato institucional do Estado como uma forma de agressão a dignidade da pessoa humana não há que se falar mais em Estado democrático de direito. Mas o que surge daí é uma figura jurídica-política estatal que manipula os princípios constitucionais para manter inalterado a estrutural de dominação do *status quo*, fomentando assim a corrupção sistêmica.

Como nos ensina Neves, a alopoiese do direito, a corrupção sistêmica e a constitucionalização simbólica deturpam toda a estrutura normativa da sociedade, bloqueando a autonomia operacional do sistema jurídico. Cria-se, assim, um Estado “autista” com agentes políticos insensíveis aos problemas nacionais reais, sobre tudo da população, e incapazes de enfrentar os desafios históricos impulsionados pela supercomplexificação da sociedade mundializada.

De acordo com a Teoria da Democracia de Hans Kelsen, existem três ideias fundamentais, ou na minha interpretação, “os três grandes pilares ontológicos da Democracia” que são – a idéia da soberania popular, a idéia de igualdade dos homens perante a lei (ou dos cidadãos), e a idéia da liberdade (política).²⁴⁷ Tal conjuntura é afetada e desconstruída pelo Estado retórico-constitucional e por sua “Constitucionalização simbólica”.

²⁴⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

²⁴⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2000.

Nesse sentido, temos como exemplo, que o elemento essencial do mecanismo funcional da realização democrática, a cidadania e o princípio de igualdade dos homens perante a lei, são substituídos pelas relações concretas de “subcidadania” e “sobrecidadania” em face do texto constitucional. A prática política e o contexto social favorecem uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais.²⁴⁸ A soberania popular é afetada pelo mecanismo político referente a “lealdade das massas”²⁴⁹ e da ordem programática assistencialistas que tornam a parte dos subcidadãos inteiramente dependentes desses conteúdos manifestos do poder hegemônico ideológico da classe política. Criando, portanto, um vínculo de relação ao eleitorado majoritário de plena dependência, afetando a concretização das normas constitucionais.

Por fim, mediante aos dois processos já descritos, ocorrera há disfuncionalidade do terceiro elemento democrático que é a liberdade política, pelo surgimento fenomênico da “Despolitização do indivíduo e despolitização das massas”, ensejando a semente formadora do Estado Totalitário e do autismo jurídico.

Tal mecanismo de controle e dominação da esfera pública pluralista e da legitimação procedimental da realidade democrática, se realiza em dois momentos: no “comportamento dos agentes públicos” de maneira disforme aos dispositivos constitucionais, prejudicando a sua efetividade e eficácia; e, “no plano de vigência social das normas constitucionais escritas” descaracterizando o alcance da positividade constitucional em relação a normatividade e conseqüentemente às expectativas de comportamento congruente generalizadas.²⁵⁰ A realidade nacional é totalmente dicotomizada da normatividade programática jurídica da constituição, ou seja, o texto constitucional não se concretiza pela influência e transformação da realidade da vida dos cidadãos, e também não é estruturada normativamente pelas necessidades históricas e pelos problemas nacionais.²⁵¹

Portanto não haverá a realização do Estado Democrático de Direito, seja pela sua não legitimação procedimental, seja pelo uso meramente retórico da Carta Constitucional, ou ainda, pela não efetividade do texto normativo constitucional em corresponder de maneira eficaz aos problemas nacionais e as patologias sociais existentes. A práxis de atuação do governo não corresponde aos anseios e expectativas populacionais, e sim, na resolução das

²⁴⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ *Ibidem*.

particularidades de natureza política, econômica, que surgem para manutenção do Poder da classe dirigente partidária. “Ao texto constitucional simbolicamente includente contrapõe-se a realidade constitucionalmente excludente”.²⁵²

A Constitucionalização simbólica não reproduz a cidadania como expectativa normativa congruente generalizada, não há vigência social da normatização constitucional positiva referente e abrangente à todos os cidadãos. Ao invés disso, ocorre a formação de dois subtipos categóricas de indivíduos, os subcidadãos e os sobrecidadãos.²⁵³

Tal fenômeno sócio-jurídico-político se manifesta, primariamente, com as injunções particularista da dominação econômica que reproduzem-se, destruindo abertamente os procedimentos democráticos na esfera política e a legalidade do plano jurídico e de politização, constituindo a desdiferenciação do sistema jurídico normativo constitucional.²⁵⁴ Logo, o “Estado democrático de direito”, não se realiza de forma satisfatória, porque o direito e política constituem sistemas alopoieticamente determinados.²⁵⁵

O caso evidente da desdiferenciação da organicidade social-político-nacional, causado pela alopoiese dos sistemas sociais, é a disfuncionalidade do aspecto pluralístico operacional dos grupos e subgrupos que atuam no interior do Estado democrático, que perdem sua autonomia, efetividade e quase desaparecem, devido às ingerências particularista da práxis governamental alopoietica.

Exemplo, é a perda de força do corpo Industrial brasileiro, que pelas determinações estruturalizantes dos mecanismos econômicos globais e pactos político-mercantis, faz avançar o fenômeno da desindustrialização no país, sendo o mercado nacional entregue ao excedente industriário de outros países, como é o caso da China. O Brasil não produz quase mais nada de produtos industriais complexos, tudo é exportado da China, carros, produtos eletrônicos, brinquedos, indústria química, indústria pesada, Essa situação revela a quase extinção do capital industrial do país, seja pela alta tributação imposta á atividade industrial e empresarial, seja pela falta de planejamento e compromisso com o futuro nacional, e acordos bilaterais de cunho econômico com as nações estrangeiras que são nocivos para o desenvolvimento sócio-econômico no país.

²⁵²NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. Ibidem, p. 101.

²⁵³ Ibidem, p. 101.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Ibidem.

O fato é a desarticulação da indústria brasileira em prol da indústria estrangeira, onde o Brasil apenas exporta matéria prima (minério de ferro, aço, etc) e importa produtos manufaturados. Ou seja, a estrutura econômica global, e seu código heteronomizante ter/não ter, sobrepõe-se ao poder político e sua esfera sistêmica, que coloniza alopoieticamente o sistema jurídico-constitucional, principalmente no que tange a efetiva legitimação procedimental do âmbito sistêmico-democrático. Desdiferenciando a Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito, e bloqueando a autoreferencialidade dos subgrupos sociais (indústria, economia, política, direito, ciência, tecnologia, família e etc.).²⁵⁶

É importante ressaltar o caso empírico fundamental e extremamente crítico, que é o caos da segurança pública na sociedade brasileira. O clima de insegurança do cidadão nas cidades, principalmente pela não efetivação do objetivo funcional dos órgãos responsáveis pela segurança pública, produziu no Brasil uma taxa de homicídios de 50.646 mortes no ano de 2013 (dados oficiais) e 70.000 mortes (dados não oficiais até a presente data) pessoas por ano. No Estado do Rio de Janeiro há um índice de 15.000 indivíduos desaparecidos, e no Distrito Federal há um índice de 14 homicídios por fim de semana, ou seja, números de guerra civil.

O “bloqueio político da concretização constitucional, que gera um obstáculo há autonomia operativa do sistema jurídico”²⁵⁷ presente na Constituição, pode ser um caminho ou mecanismo para se passar diretamente para um Estado totalitário. A não concretização normativo-constitucional dos direitos fundamentais, tais como, saúde, educação e segurança pública, causa o caos absoluto na população. E assim, pode-se invocar o Estado de sitio, razões de Estado, ou segurança do Estado, e nesse sentido se extinguir o Estado Democrático de Direito.²⁵⁸

Mediante todo o exposto fica claramente evidenciado a materialização da “Constitucionalização simbólica” no Brasil, que é a não concretização da realidade normativo-jurídico constitucional e suas linhas mestras (principais princípios) e o uso retórico do complexo principiológico da Constituição Federal para a obtenção de interesses políticos alheios ao interesse público.

A população brasileira, então, permanece refém de fenômenos macrossociais nefastos e destrutivos da estrutura da realidade que afeta todos os brasileiros, mas de forma

²⁵⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. p. 101.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Ibidem*.

mais intensa a parte marginalizada e excluída da sociedade. A camada da população dos subcidadãos é a que mais sofre historicamente com as patologias sociais construídas em 515 anos de existência da nação.

O Estado democrático passa a existir somente como dados linguísticos da positividade constitucional e não se efetiva na realidade pela perda da autonomia do sistema jurídico e pela não funcionalidade das expectativas normativas congruente e generalizadas. Haverá o uso ideológico e retórico “fortemente constitucionalista” por parte de todas as instituições e agentes envolvidos nos Três Poderes, a medida que, concretamente a Constituição é negada e desrespeitada nos seus princípios fundamentais. Logo, os princípios constitucionais não passaram de “meros jogos de linguagem”.

A solução de determinado problema levantado no presente trabalho é lógico, é a concretização da normatividade jurídico-constitucional. Concretizar as normas constitucionais, efetivamente e eficazmente, em suas linhas mestras, para a mudança das estruturas reais do poder patrimonialista, garantindo a soberania da sociedade frente a classe política elitista parasitária. Concretizar os direitos fundamentais e dar plena vigência social a estes, para assim ocorrer a realização do Estado democrático de direito na República Federativa no Brasil e o constitucionalismo verdadeiro nesta nação. Portanto o correto, é que a política deve servir a sociedade, e não a sociedade ser objeto de exploração da política e do sistema econômico.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. Dados da campanha: Veja as taxas de homicídio no Brasil. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/dadoshomicidio/>>. Acesso em: 21 de março de 2015.

ANISTIA INTERNACIONAL INFORME 2014/2015 O ESTADO DO DIREITOS HUMANOS NO MUNDO. Rio de Janeiro-RJ. 2015. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Web-Informe-2015-03-06-final.pdf>. Acesso em: 21 de março de 2015.

ANUÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2014_20150309.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2015.

ARENDR, Hannah. *Origem do totalitarismo*. São Paulo-SP: Companhia das letras. 2013.

_____. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo-SP: Companhia das Letras. 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo-SP: Malheiros editora. 2009.

BOURDIEU, Pierre. *Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo-SP: Perspectivas. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 de março de 2015.

CARVALHO, Olavo. A nova estrutura do poder mundial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 10 de novembro de 2014.

_____. *Basta! Fora!* Disponível em: <<http://www.midiaseम्मascara.org/artigos/cultura/15887-basta-fora.html>> Acesso em: 20 de junho de 2015.

_____. *Os Eua e a nova ordem mundial*. Campinas-SP: Vide editorial. 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <

http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo. 2000.

FILHO, Orlando Villas Bôas. *A constitucionalização simbólica de Marcelo Neves*. Disponível em: <http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v6/prismaj_v6_6res_3.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2014.

HONESKO, Vinícius Nicastro. *A alopoiese nos sistemas jurídicos dos países periféricos*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18457>. Acesso em 26 março 2014.

IUCIF JR E YAZLLE ROCHA. *Estudo da desigualdade na mortalidade hospitalar pelo índice de comorbidade de Charlson*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v38n6/05.pdf>> Acesso em: 20 de março de 2015.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2000.

LIMA, Fernando Rister Souza. *Constituição Federal: o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/68/67>> Acesso em: 15 de outubro de 2014.

LUHMANN, Nikklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2 ed. Petrópolis-RJ. Vozes. 2009.

_____ *Legitimação pelo procedimento*. Brasília-DF: UNB. 1980.

_____ *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983.

_____ *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983.

MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Rio de Janeiro-RJ: Zahar. 1967.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

_____ *A Constituição Simbólica Revisitada*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=I5V5uTLfi2c>> Acesso em: 10 de outubro de 2014.

_____ *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 de agosto de 2014.

_____ *Entre hidra e héracles. Princípios e regras constitucionais..* São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013.

_____ *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2008.

_____*Luhmann, Habermas e o Estado de direito.* Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>> Acesso em: 15 de outubro de 2014. p. 100.

_____*Princípios e regras como diferença paradoxal do sistema jurídico.* Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=axSOBmlFv4Y> Acesso em: 07 de novembro de 2014.

_____*Seminário da teoria da decisão judicial realizada pelo Conselho nacional de Justiça realizado entre 23 á 25 de abril de 2014.* Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=4wII6RqrCN8>> Acesso em: 09 de novembro de 2014.

NETO, Hélio Angotti. *A morte da medicina.* Campinas-SP: Vide editorial. 2014.

NETO, João Costa. *Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu.* São Paulo-SP: Saraiva. 2014.

O MAPA DA VIOLÊNCIA DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS. Brasília-DF. 2007. Disponível em: < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mapa_da_violencia_baixa1.pdf>. Acesso em: 21 de março de 2015.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza e SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Mistanásia: uma questão de direitos coletivos e cidadania.* Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/view/258/265>> Acesso em: 11 de novembro de 2014.

PORFÍRIO, Danilo de Castro Vieira. *Mistanásia – um novo instituto para um problema milenar.* Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero7/mistanasia.pdf>> Acesso em: 11 de novembro de 2014.

RATZINGER, Joseph (Bento XVI). *Ser cristão na era neopagã.* Campinas-SP: Ecclesiae. 2014.

SCIACCA, Michele Federico. *Filosofia e antifilosofia.* São Paulo-SP. É realizações. 2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo.* 15º ed. São Paulo-SP: Malheiros Editores. 1998.

VOEGELIN, Eric. *Hitler e os alemães.* São Paulo-SP. É realizações. 2007.