

A FORÇA SIMBÓLICA DA LEGISLAÇÃO COMO GARANTIA DA (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosana Júlia Binda¹

Elemberg Almeida Nascimento²

RESUMO

O presente artigo pretende, inicialmente, delimitar o conceito de legislação simbólica e discuti-la à luz dos ideais de domínio e falseamento da vigência social perante a sociedade. Em segundo momento, buscar-se-á demonstrar os efeitos desta legislação na construção de uma sociedade órfã que direciona seus anseios ao Judiciário como garantidor do efetivo cumprimento dos direitos. E por último procurar-se-á demonstrar a necessidade de reconhecimento da organização social como meio de fiscalizar o Estado e garantir a efetividade dos direitos.

Palavras-chave: Legislação. Simbólica. Efetividade. Estado. Sociedade.

ABSTRACT

This article intends to initially define the concept of symbolic legislation and discuss it in light of the ideal domain and falsification of social force in society. In the second phase, it will seek to demonstrate the effects of this legislation in the construction of an orphan society who directs his wishes to the judiciary as guarantor of the fulfillment of the rights. And last it will try to demonstrate the need for recognition of social organization as a mean to monitor the state and ensure the effectiveness of rights.

Keywords: Symbolic. Legislation.. Effectiveness. State. Society.

1 INTRODUÇÃO

A presente reflexão pretende analisar a dinâmica da produção legislativa, a fim de demonstrar seu caráter simbólico e inflacionário recorrente hoje no Brasil, como instrumento de condução insipiente para a garantia do fortalecimento da política em detrimento da formação de uma sociedade digna de seus direitos e garantias fundamentais.

Observe-se que esta produção legislativa se dá de forma acelerada, na contramão da garantia de preceitos básicos, requisitos da manutenção do Estado democrático de direito, construindo-se assim um Estado articulado pelo direito no qual se manipula a criação e ignora a compreensão técnico-jurídica e social dos diplomas legais, sem se preocupar com o reflexo social destes instrumentos.

¹ Doutora-pesquisadora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público e Evolução Social da Universidade Estácio de Sá. Professora no Curso de Direito Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário Vale do Cricaré – UNIVC. Contato principal: rjbinda@hotmail.com

² Possui graduação em Direito pela Universidade Paulista(2014) e especialização em Direito Penal. Contato: elembergalmeida@hotmail.com

Faz-se, portanto a presente reflexão de forma detida sobre o propulsor interesse em produzir efeitos políticos com a permanente elaboração legislativa, em detrimento da efetividade desta na proporção de seus efeitos sociais para garantia de direitos fundamentais.

Ressalte-se que a análise proposta é importante para reconhecer que essa ausência de efetividade das normas simbólicas, possui um propósito pré-estabelecido pelos legisladores, que atuam a braços dados com o governo. Nesse sentido, se por um lado inexistem maiores efeitos a serem produzidos pela legislação simbólica no âmbito jurídico, outrora, no âmbito político ela atua de maneira positiva, devendo-se esclarecer de que forma essa última prática se dá no atual contexto social.

Para elucidar o propósito de tais divagações reais, é necessário analisar o contexto exposto, à luz da teoria proposta por Marcelo Neves, sobre sua fundamentação para o fenômeno da “legislação simbólica” no meio da produção jurídica com o intuito de tentar demonstrar o efeito destas produções legislativas no campo político-social.

2 A FORÇA SIMBÓLICA DA LEGISLAÇÃO

Segundo Neves (2011), esta reflexão da forma como se expõe, pretende analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz, criticando a função

simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica.

Transportando essa concepção para a atividade legislativa ordinária, verifica-se que existe uma representação da lei que transcende o seu efeito jurídico, podendo até mesmo ser totalmente materializada no campo político quando naquele primeiro sentido existe carência de efetividade.

Observe-se que a questão da legislação simbólica está usualmente relacionada com a distinção entre as variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas: nas atitudes instrumentais, observa-se uma relação meio-fim, no sentido de se alcançar determinado objetivo por meio de uma ação; nas expressivas verifica-se uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade, e, por fim, a postura simbólica está relacionada com o problema da solução de conflito de interesses mediatos. Na prática dos sistemas sociais, as três variáveis supra referidas estão sempre presentes, de forma que a caracterização de uma ação/atitude como instrumental, expressiva ou simbólica baseia-se no critério de predominância de uma delas em relação às outras. Neste sentido, a legislação simbólica pode ser conceituada como aquela onde há o predomínio, ou mesmo a hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental (Neves, 2011).

Conforme salientado anteriormente na distinção entre as variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas, o critério de identificação desse tipo de legislação não é simplesmente a presença da função simbólica, tendo em vista que todas as normas a possuem, mesmo que em pequeno grau, mas sim o predomínio (ou hipertrofia) desta função no que se refere ao sistema jurídico, enfatizando-se o caráter de solução de conflitos de interesses e, ao mesmo tempo, minimizando a função jurídico-instrumental da lei.

Dessa forma, quando a lei atua somente de maneira simbólica no plano do direito, conforme preceitua Neves, com base em Harald Kindemann, prevê as possibilidades desse mesmo diploma surtir efeitos reais no plano político, considerando três objetivos, quais sejam: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios (Neves, 2011).

No primeiro caso, ao confirmar valores sociais, o legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais, de forma que os grupos que estão envolvidos nestes conflitos acerca de determinados valores consideram a confirmação legislativa como uma vitória, como uma prova da superioridade de sua posição, independentemente da eficácia normativa da lei. Demonstrando-se assim, como meio de alguns grupos sociais galgarem posições hierarquicamente superior aos outros

grupos vencidos em questão de representação legislativa.

No segundo caso, a legislação simbólica é usada para demonstrar a capacidade de ação do Estado. O legislador tem, portanto, o objetivo de conduzir a confiança no sistema jurídico e político, satisfazendo expectativas dos cidadãos e de grupos de pressão, consciente da impossibilidade, da falta de condições para a concretização da norma elaborada, com o objetivo de apresentar, portanto, a imagem de um Estado sensível às necessidades sociais.

Por fim, a legislação simbólica também pode ser utilizada para postergar a solução de um aparente conflito entre grupos políticos, ou seja, elaborar um ato legislativo com um texto vago, que “vai do nada a lugar nenhum”, no qual a controvérsia da matéria não é solucionada, sendo sancionado, exatamente porque está presente a inefetividade instrumental. Assim, ocorre uma transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado, ao passo que se procura satisfazer de imediato as partes em conflito.

3 OS EFEITOS DA FORÇA SIMBÓLICA NA GARANTIA DA (INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A elaboração legislativa de caráter simbólico ocorre perante um processo ideológico a fim de camuflar a produção do texto e valorizar o contexto em que se dá a formação política do mesmo. Tal afirmação pode ser

confirmada no dia a dia dos bastidores legislativos, no qual, os legisladores não se preocupam com a efetividade daquela lei e sua concretização no plano social, mas sim com a garantia de seus interesses pessoais, que muitas vezes se traduzem em interesses econômicos concretizados com a aprovação do referido texto.

Entenda-se efetividade como a realização do direito na concretização da função social, ou seja, a representação da materialização no mundo dos fatos, dos preceitos legais, simbolizando, a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (Barroso 2003, p. 85).

Nesse contexto, a realidade social é a peça mais distante dessa conjuntura que se forma para a manipulação do texto normativo de caráter simbólico, sendo que por trás de tanta rapidez e complacência com que se mostram os elaboradores, esconde-se o desejo de domínio para o fim de cercear a autonomia da vontade dos atores sociais.

Vale, portanto, destacar que a elaboração de um ato legislativo de caráter simbólico, produz vários efeitos diferentes daquele fim para o qual realmente deveria ter sido elaborado, merecendo destaque para o beneficiamento pessoal dos legisladores.

Segundo os ensinamentos de Shuirley, na cultura americana, é regra geral que as elaborações legislativas sejam frequentemente associadas à pesquisas antropológicas e legais,

para aprender com a própria sociedade a maneira de aperfeiçoar o direito de forma mais suscetível às suas necessidades (Shirley, 1987).

Diversamente da cultura norte americana, no Brasil, os legisladores agem estudam a forma de vida da sociedade para dominá-la.

Esta é a realidade, os legisladores brasileiros não se preocupam em atender ou conhecer a necessidade dos atores sociais aos quais se destina determinada legislação, nem tampouco com a vigência social desta, somente importa falsear o atendimento aos anseios pressionados no momento, e com isso beneficiar-se pessoalmente.

Nesse contexto ocorre a elaboração inflacionária de “legislações álibi”, que são mecanismos com efeitos políticos e ideológicos, constituindo-se em fonte de “representação” eleitoral perante os anseios sociais e forma de fortalecimento público da máquina estatal. Tudo isso não passa de uma grande encenação teatral, enquanto os legisladores fingem que elaboram leis para a sociedade, esta finge que acredita ser a real beneficiada com os efeitos daquela, mas o teatro da vida continua sem o sorriso da platéia, diante da falta de concretização das normas que regulamentam a aplicação de políticas públicas, por exemplo, que continuam inacessíveis à maioria da população.

Importa dizer ainda, que grande parte dos recursos que deveriam ser destinados à efetivação dos direitos fundamentais, acabam

repartidos anteriormente no processo de articulação política que antecipa o legítimo processo legislativo de elaboração simbólica.

Ao passo de que existe uma rede de profissionais que vivem e se sustentam pelo status promovido com a aprovação do respectivo ato legislativo de sua participação, quais sejam, juristas, servidores públicos e legisladores. Todos esses, como preleciona Neves, importam-se precipuamente com a satisfação pessoal (Neves, 2011, p. 50).

O que seria, então, dos articuladores políticos ante a falta de elaboração da legislação simbólica? Como sobreviveriam politicamente? Mas, o que é ainda pior, uma análise da política brasileira revela que algumas caricaturas do meio político persistem na ativa, desde os idos da ditadura militar, o que dificulta a mudança dessa cultura de beneficiamento próprio em detrimento da observância e respeito pelos direitos e garantias fundamentais.

Todo esse processo é muito bem visto pelo Estado, pois a força da legislação simbólica encontra-se no fortalecimento da sua imagem central de importância e paternalismo, motivo pelo qual ele o conduz e financia.

Segundo Habermas, o direito advém de normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado, visando a garantia de liberdades subjetivas. Ao passo que as leis da república são a expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos, sendo necessário que a elaboração democrática da vontade não vá de

encontro com os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais (Habermas, 2003, p. 153). Assim, as leis para serem legítimas devem resguardar a garantia dos direitos humanos e advir sua elaboração da vontade do povo. Porém quando isso não acontece, outros meios são usados para controlar a efetividade das normas.

Então, o que fazer para garantir a efetividade de direitos fundamentais simbolicamente resguardados por esta legislação de interesses?

Ocorre que, diante da falta de efetividade das normas emanadas pela legislação simbólica, a sociedade vê-se obrigada a buscar no Judiciário a interpretação e concretização desses direitos, como mecanismo que visa garantir o gozo de todos os direitos estabelecidos na Constituição Federal. Entretanto, será este o melhor caminho? Através de um “juiz responsável” que se qualifica como intérprete democraticamente insuspeito de todos os valores de uma sociedade?

Nesse passo, a marca da imoralidade provocada pelo jogo do poder fragiliza a sociedade, que procura, então, refúgio nas decisões judiciais por acreditar “que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade dos juízes” (Maus, 2000, p. 185). Isso ocorre pois, “a expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de

cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular (Maus, 2000, p. 190).

O Judiciário ainda enfrenta um descompasso entre as demandas da sociedade e as decisões dos tribunais, visto que as concepções conservadoras dos magistrados se negam a desenvolver um papel político mais claro.

Ocorre que tocante ao papel político, há uma enorme resistência de grande parte dos juízes em assumir a politicidade intrínseca à sua função, pois a tão propalada independência do juiz muitas vezes esbarra na tradicional dependência (vinculação orçamentária) ao Executivo, o que muitas vezes o impede de decidir tão independente e parcialmente (Dallari, 2002, p. 89).

Sobretudo, para um problema ainda maior, pois o Judiciário realiza o controle normativo judicial com autoritarismo, o que ocorre devido ao distanciamento com a realidade social, não o permitindo fazer uma leitura compreensiva da definição dos valores postos pela sociedade. Neste caso, o jurista não faz a interpretação pela sociedade, mas sim, para a sociedade, demonstrando-se assim um distanciamento pela falta de reconhecimento de sua legitimidade que se instaura.

Muito embora há quem defenda que a força da efetividade das normas emanadas por uma legislação simbólica esteja no papel político do judiciário, é impossível negar a importância

da mobilização da sociedade civil em torno da reivindicação de seus interesses, para dar vida própria a um país, fora do oficialismo opressivo como demonstração do controle da efetividade do direito, por via informal, de natureza social (Barroso, 2003, p. 131).

A sociedade não pode enxergar o Estado como o patriarca, e esperar que ele seja o responsável por todas as mudanças, portanto, deve-se organizar e reconhecer sua capacidade de mudança.

Nas palavras de Carvalho, “o principal é a ênfase na organização da sociedade. A inversão da sequência dos direitos reforçou entre nós a supremacia do Estado. Se há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, para democratizar o poder. A organização da sociedade não precisa e não deve ser feita contra o estado em si. Ela deve ser feita contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado (Carvalho, 2005).

A elaboração de legislações de caráter eminentemente simbólico representa a forma como a sociedade se comporta perante o Estado, inerte diante de tais mazelas. Ao contrário de tais atitudes, o estado deve expressar os anseios da sociedade, em contrapartida esta deve, repita-se, fiscalizar seus atos, e não ser dirigida por ele.

Para que a sociedade se identifique com a legislação, esta deve atender aos seus anseios, para que ocorra a efetividade dos direitos

emanados por ela. Ocorre que enquanto o Estado se mantiver em posição superior como conhecedor e elaborador do direito que não seja para o povo, ocorrerá o distanciamento e a falta de efetividade das normas.

Considere-se, portanto o poder de atuação de diferentes grupos e movimentos sociais, como os maiores instrumentos para a exigência do cumprimento das leis, bem como para a conscientização dos detentores do poder público para despertar o sentimento de respeito pela sociedade e enxergar suas verdadeiras necessidades.

Como ressaltava Niklas Luhmann, ao cogitar a existência de um ordenamento jurídico ideal, deveria o mesmo consistir no “acoplamento estrutural entre política e direito”, de modo que essa eficácia jurídica simbólica das leis seria prática totalmente contrária a essa estrutura almejada. É, pois, em virtude dessas e outras razões que buscando outras alternativas no sentido de resolver questões jurídicas que difiram da mera aplicação direta de leis que, muitas das vezes, possuem somente eficácia simbólica para o Direito (Neves, 2011).

O campo social é formado por relações comandadas por uma dialética de opressão e libertação, intermediadas por relações de poder. Quando alguns grupos se unem em busca de superar alguma opressão e para tentar modificar a sociedade, denota-se a ocorrência de um movimento social. A força proveniente de um

movimento social demonstra-se por sua capacidade de liderança determinada para um único fim, o de mudança social (Scherer-Warren, 1989).

Esta traduz-se como a melhor forma de fiscalização participativa e concretização de direitos, devendo ser implementada desde uma pequena ação individual na própria comunidade até a formação de grandes grupos formadores de movimentos sociais mobilizadores e formadores de opinião, a fim de promover uma política libertadora.

4 CONCLUSÃO

Portanto conclui-se que o efeito dessas produções legislativas no campo político-social, repercutem no Estado, o asseguramento da confiança da sociedade com a edição de leis que só terão eficácia simbólica no plano jurídico.

Pode-se constatar, assim, que por várias vezes o Estado, com vistas a demonstrar a sua capacidade de resolver problemas sociais, edita leis tão-somente para falsear esta impressão, transmitindo à sociedade uma falsa noção da realidade. Por sua vez a sociedade assiste a este espetáculo e permite que o mesmo se repita irrefletidamente, ao ponto de tratá-lo com naturalidade.

Assim, a dificuldade em concretizar as normas aqui analisadas deve-se precipuamente à vontade da sociedade em mudar a história, ou seja, em agir de forma refletida e consciente, de forma a perceber a influência dela, pois há de se

ter em vista, no entanto, que a manipulação das normas jurídicas não é artifício adequado para que se saltem etapas históricas, e é estéril qualquer lei que não seja legitimada pelo suporte político de um anseio cristalizado.

Sobretudo, deve-se observar que o Brasil representa uma variação peculiar de desenvolvimento, devido à sua formação histórica ditada e construída pelos valores de um povo. Nesse desenvolvimento singular, formou-se um direito construído com base em uma desigualdade estabelecida desde o período colonial, levando em consideração o contexto e os movimentos sociais característicos da cultura que se formou.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições: tradução e introdução de Flávio Beno**

Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7ª ed. Atlas, São Paulo, 2010.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

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

SANTOS, Cleber Mesquita dos. **Os direitos humanos, o Brasil e o desafio de um povo**. São Paulo: LTR, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª.ed, Malheiros, São Paulo: 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SCHERER-WARREN, Ilse. **Movimentos sociais**. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 1989.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.