

LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E A ALOPOIESE NO DIREITO: POR UMA APROXIMAÇÃO DE CONCEITOS A PARTIR DE MARCELO NEVES

SYMBOLIC LEGISLATION AND THE AUTOPOIETIC LEGAL SYSTEM: AN APPROACH CONCEPT FROM MARCELO NEVES

Thaís de Souza Lima Oliveira¹

RESUMO

Embora o fenômeno da legislação simbólica seja corrente no Brasil, uma vez que são comuns textos sem qualquer significado jurídico-prescritivo, poucos são os estudos relacionados ao tema, mormente levando em conta a ingerência de outros subsistemas sociais, como a economia e amizade, no sistema jurídico (alopoiese). O presente trabalho, a partir da obra *Constitucionalização Simbólica* de Marcelo Neves e da Teoria dos Sistemas proposta por Niklas Luhmann, pretende estudar a relação entre legislação simbólica e alopoiese do direito. Num primeiro momento, preocupa-se com a fixação do conceito de legislação simbólica, suas tipologias e efeitos. No segundo, é traçada a diferenciação entre autopoiese e alopoiese do direito. No terceiro, o trabalho almeja relacionar o conceito de legislação simbólica com o de alopoiese em direito. Por derradeiro, conclui que a legislação simbólica implica na alopoiese no direito.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação simbólica. Autopoiese. Alopoiese.

ABSTRACT

Although the phenomenon of symbolic legislation is current in Brazil, because texts with no legal-prescriptive meaning are common, there are very few studies related to the subject, mostly considering the intromission of others social subsystems, like the economy and friendship at the legal system. This paper, based on book “*Constitucionalização Simbólica*” of Marcelo Neves and Systems of Theory of Nikas Luhmann, intend to study the relation between symbolic legislation and the allopoietic legal system. The first chapter concerns the fixation of the concept of symbolic legislation, their types and effects. The secondly chapter describes the differentiation is drawn between autopoietic and allopoietic legal system. In the third, the work aims to relate the concept of symbolic legislation with the allopoietic legal system. For ultimate concludes that symbolic legislation implies allopoietic legal system.

KEYWORDS: Symbolic legislation. Autopoietic. Allopoietic.

1 INTRODUÇÃO: SE E EM QUE MEDIDA A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA IMPLICA A ALOPOIESE DO DIREITO.

¹ Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo.

É deveras comum, na sociedade brasileira, a edição de textos legais que se prestam primariamente a atender finalidades políticas e que, assim, relegam a um segundo plano a função normativo-jurídica. São as chamadas legislações simbólicas.

As legislações simbólicas, ao se prestarem a uma função política-ideológica, trazem a lume a discussão da autonomia operacional do direito na concepção da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, ou seja, da dicotomia entre a autopoiese, que é autoreprodução de um sistema por meio de seu código-diferença e a alopoiese, que é perda dessa capacidade.

Os conceitos de legislação simbólica, , não é autopoiese e alopoiese, muito embora pareçam, à primeira vista, de grande utilidade para o estudo do direito brasileiro, não têm encontrado grande difusão no discurso do jurista dogmático. Inclusive suficientemente clara a relação entre legislação simbólica, termo difundido, sobretudo, por Marcelo Neves, com o conceito de alopoiese, tampouco a natureza desta relação eventualmente existente.

Então o problema debatido é, mediatemente, acerca de uma relação. Ensina a lógica que a relação nada mais é do que um predicado poliádico, cujos termos podem ou não se implicar reciprocamente. Segundo Ulrich Klug, se X implica reciprocamente Y, tal proposição complexa é falsa se X é verdadeira, e Y, falsa, ou se X é proposição falsa, enquanto Y uma verdadeira; ou seja: é condição da verdade de tal proposição que tanto X quanto Y sejam verdadeiros.² Este trabalho preocupa-se, primeiramente, com a possibilidade de relacionar a legislação simbólica com a alopoiese; num segundo momento, importa-se com a natureza da implicação: é recíproca ou não, isto é, onde há legislação simbólica, há alopoiese, e vice-versa, ou tal proposição é equivocada.

Para atender a esta proposta, o trabalho explicita os conceitos para tentar relacioná-los ao final.

No primeiro, interessa a delimitação do fenômeno da legislação simbólica à luz da obra *Constitucionalização Simbólica* de Marcelo Neves, a fim de fixar seu conceito, tipos e efeitos. Neste item, a legislação simbólica é aproximada da Teoria Comunicacional de Jürgen Habermas, cujo desenvolvimento acerca da sinceridade no agir instrumental parece útil para compreender o caráter simbólico das legislações.

Num segundo momento, expõem-se o conceito de autopoiese e o de alopoiese, tendo por referencial teórico a Teoria dos Sistemas proposta por Niklas Luhmann.

Por fim, busca avaliar a possibilidade de relacionar o conceito de legislação simbólica com o de alopoiese do direito, bem como determinar a natureza de eventual

² KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis, 1990, p. 36.

implicação entre os termos. Em outras palavras, almeja-se responder à seguinte problemática: se em que medida a função simbólica da legislação relaciona-se com a alopoiese do direito.

2 POR UM CONCEITO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA COMO HIPERTROFIA DA FUNÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA EM DETRIMENTO DA NORMATIVO-JURÍDICA SOMADA ÀS AUSÊNCIAS DE EFICÁCIA SOCIOLÓGICA E VIGÊNCIA SOCIAL

O presente tópico tem como objetivo fixar o sentido da expressão legislação simbólica. Para tanto, inicialmente passa a discorrer sobre a ambiguidade dos termos símbolo, simbólico e simbolismo. Depois, fixa que a legislação simbólica é a discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica dos textos legais, traçando seus elementos caracterizadores.

Antes de adentrar ao conceito de legislação simbólica, faz-se mister delimitar o sentido e o alcance do termo “simbólico” para não incorrer no que Copi³ designou como “falácias da ambiguidade”, ou seja, a utilização de um mesmo termo com significados diferentes.

“Símbolo” e suas derivações “simbólico” e “simbolismo” são palavras ambíguas e vagas. Tal é a dificuldade de se fixar o conceito de “símbolo, simbólico e simbolismo”, que Umberto Eco, contando a história do dicionário filosófico de Lalande, afirma que este, depois de muito pesquisar sobre os mesmos, obtendo a ajuda de inúmeros peritos no assunto, concluiu que “símbolos são muitas coisas e nenhuma. Em síntese, não se sabe o que é”.⁴

Nos diversos campos do sistema social podem-se encontrar diferentes significados conferidos aos termos “símbolo”, “simbólico” e “simbolismo”. Por exemplo, na posição semiótica de Pierce⁵, o símbolo, juntamente com o ícone e o índice, são signos; trata-se de um signo convencional e arbitrário⁶. Num outro sentido, “símbolo” é utilizado como sentido indireto, “figurado”. Afirma Umberto Eco que “existe uma atividade de atualização da manifestação linear que é sempre cooperação para fazer o texto dizer o que na superfície não

³ COPI, Irving Marmar. **Introdução à lógica**. 3. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1981, *passim*.

⁴ ECO, Umberto. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. Trad. Milton Mariarosaria Fabris e José Luis Fiorin. São Paulo: Ática, 1991, p.196.

⁵ PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Teixeira Coelho. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 52.

⁶ PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Teixeira Coelho. São Paulo: Perspectiva, 2005, p.73.

diz, mas de algum modo pretende fazer saber ao próprio destinatário.”⁷ “Simbólico”, para Eco, é tudo aquilo que permite a interpretação e a realização de um sentido indireto.

No contexto da expressão “legislação simbólica”, o termo “simbólico” é utilizado para indicar o predomínio da função político-valorativa sobre a função jurídico-instrumental, o que significa que o texto legal produzido na atividade legiferante pertence à realidade normativo-jurídica, mas se presta primariamente à finalidade política. O objetivo do texto, na legislação simbólica, inicialmente não é regular condutas humanas ou assegurar expectativas, mas antes atender a um verdadeiro jogo político. A referência deôntico-jurídica, afirma Marcelo Neves, torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa.⁸ O significante “legislação simbólica” conota, pois, a hipertrofização da função política-simbólica em detrimento da concretização normativa do texto legal.⁹ O sentido latente se sotopõe ao sentido manifesto. Tem-se texto sem normatividade; textualidade, apenas.

Para facilitar a identificação de um texto legal como simbólico, Marcelo Neves, adotando a classificação proposta pelo alemão Harold Kindermann¹⁰, afirma que uma legislação simbólica pode ter três objetivos: a) confirmar valores sociais; b) adiar a solução de conflitos sociais através de conflitos dilatórios; c) demonstrar a capacidade de ação do Estado. Tendo que esta tripartição consubstancia os objetivos da legislação simbólica, sendo, portanto, um importante norte para denotá-la, o presente trabalho expõe-na.

O primeiro objetivo da legislação simbólica destina-se à confirmação dos valores de um grupo em detrimento de outro. A produção do texto passa antes a ser vista como uma forma de reconhecimento da predominância de determinados valores, uma verdadeira vitória legislativa, relegando-se ao segundo plano a eficácia normativa da lei.

O segundo objetivo é dilatar compromissos. Conflitos entre grupos políticos são falsamente solucionados através de ato legislativo aprovado consensualmente pelas partes, o qual, porém, é impossível de ser concretizado naquela realidade jurídica. A transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado é o escopo do diploma normativo, como sói acontecer em tratados de proteção ambiental. Marcelo Neves¹¹, citando as investigações de Aubert, afirma que a lei norueguesa sobre empregados domésticos de 1948 serviu como fórmula de compromisso dilatatório, pois, implementada supostamente para melhorar as

⁷ ECO, Umberto. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. Trad. Milton Mariarosaria Fabris e José Luis Fiorin. São Paulo: Ática, 1991, p. 208.

⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.31.

⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.23.

¹⁰ KINDERMANN, 1989 *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.33.

¹¹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.41.

condições de trabalho dos empregados, a lei continha cláusulas que discretamente impediam a sanção dos empregadores nas hipóteses de violação, as quais atuavam, assim, como mecanismo para garantir a ineficácia da lei.

O terceiro e último objetivo da legislação simbólica é fortalecer a confiança dos cidadãos no governo. É a chamada legislação-álibi, expressão máxima da legislação simbólica. Sob a pressão do público, o legislador, muitas vezes, elabora diplomas normativos para atender às expectativas dos cidadãos sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. O Estado, assim, descarrega-se da pressão política e firma-se como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos¹². Trata-se de uma forma de manipulação que imuniza o sistema político contra alternativas. Ademais, a legislação-álibi apresenta-se também naquelas hipóteses em que é necessária uma reação solucionadora imediata ante uma insatisfação popular com determinados acontecimentos. A legislação apresenta-se como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação imediata do Estado. Conclui-se, assim, que a legislação-álibi tem um duplo sentido: a) afastar as pressões políticas do Estado quanto os cidadãos exigem uma solução imediata para o problema; b) expor o Estado, ao legislar, como uma figura merecedora de confiança e que atende aos anseios sociais.

A legislação simbólica, à medida que envolve elemento psíquico (divisão tricotômica de Harold Kindermann, exposta no item anterior), pode ser relacionada com o conceito de sinceridade dentro do agir instrumental da Teoria Comunicacional de Jürgen Habermas.

Conforme se afirmou, a legislação simbólica possui três desideratos os quais, por sua vez, não correspondem ao conteúdo normativo, daí falar-se que há um descompasso entre este e a vontade do legislador em editar o texto legal. A teoria comunicacional de Habermas aqui se encaixa a partir da distinção entre agir comunicativo e agir estratégico.

Para Habermas, no agir estratégico as ações são orientadas para a consecução de determinados fins, para o sucesso. Nessa busca pelo êxito diante do adversário, as pretensões de verdade e de veracidade levantadas do ato de fala ficam então suspensas. Os agentes não expõem claramente seus objetivos; os ouvintes tiram suas conclusões a partir do que o falante dá a entender indiretamente.¹³ Nesse contexto, as intenções dos agentes políticos são “ilocucionalmente insinceras”¹⁴:

¹² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.39.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 124.

¹⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 119.

Aqui a comunicação linguística é subordinada aos imperativos do agir racional orientado a fins. Interações estratégicas são determinadas pelas decisões de atores orientados ao sucesso, que se observam mutuamente. Eles se encontram sob condições de uma dupla contingência, como antagonistas que, no interesse dos planos de ação de cada um, exercem influência sobre o outro (normalmente sobre atitudes proposicionais de outro).¹⁵

Diversamente, assim, do agir comunicativo, em que os agentes coordenam seus planos mediante o entendimento mútuo linguístico¹⁶, renunciando qualquer intenção enganadora, o agir comunicativo pressupõe a sinceridade dos participantes:

No agir comunicativo os agentes] só podem coordenar seus planos de maneira de um aceite a seriedade das intenções ou das solicitações do outro (como também a verdade das opiniões aí implicadas). Estão em jogo duas pretensões de validade: a sinceridade do projeto ou da decisão e a verdade da opinião expressa.¹⁷

A legislação simbólica, conforme a teoria da ação comunicativa de Habermas, importa em um agir estratégico, na medida em que a atividade legiferante não tem correspondência com as intenções dos agentes políticos. Sob uma roupagem normativo-jurídica, textos são produzidos ao serviço do meio sistêmico do poder. O sentido manifesto da atividade legiferante e o da linguagem legal (normativo-jurídico) encobrem o seu sentido oculto (político-ideológico).¹⁸

O discurso dos agentes políticos é ilocucionalmente insincero; não se visa à regulação de condutas e a asseguuração de expectativas humanas, presta-se, primariamente, para a confirmação de valores sociais, como fórmula de compromisso dilatatório ou como meio para reforçar a figura estatal como digna de confiança e preocupada com os anseios sociais. Não se trata, nos ensinamentos de Marcelo Neves¹⁹, de um “agir abertamente estratégico”, mas de um “agir ocultamente estratégico”, eis que o público é iludido e mesmo manipulado inconscientemente.

A configuração da legislação simbólica não se resume, todavia, à existência de um ou mais dos três objetivos de que fala Harald Kindermann. Isso porque a legislação simbólica não é somente um fenômeno psíquico. Assim sendo, a análise das intenções do legislador constitui um modelo simplista para a para a adjetivação de uma legislação como simbólica. Do fato de uma legislação, nesse sentido, ter como um daqueles propósitos não segue que a mesma se classifique como legislação simbólica. Afinal, para além de um fenômeno psíquico,

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 123.

¹⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 118.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 118-119.

¹⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.119.

¹⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.119.

a legislação simbólica é condicionada estruturalmente, falando-se, assim, em interesses sociais que a possibilitam²⁰.

Essas condições estruturais são a falta de eficácia sociológica e a ausência de vigência social.

O termo eficácia é tradicionalmente utilizado em dois sentidos: um técnico-jurídico, o qual se relaciona com a possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou seja, se a norma preencheu as condições intrassistêmicas para produzir os seus efeitos jurídicos específicos; e outro sociológico, sentido este que se refere ao fato de uma norma ter sido observada, aplicada. Este último sentido é o utilizado por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.²¹ No espectro da legislação simbólica interessa o sentido sociológico de eficácia.

Por sua vez, a vigência social deve ser analisada a partir do conceito de expectativas normativas.²²

Segundo Luhmann, o sistema social tem por base a incerteza, uma vez que o mundo apresenta ao indivíduo sempre mais possibilidades do que a capacidade sensitiva humana é capaz de apreender.²³ As possibilidades são maiores do que a capacidade para realizá-las (complexidade) e podem ser diferentes das esperadas (contingência). Para controlar estas incertezas, reduzindo-se a complexidade e o risco da contingência, buscam-se estabelecer “padrões comportamentais que permitam aos integrantes de uma coletividade idealizar as expectativas do todo constituído como generalizadas”.²⁴ As expectativas comportamentais devem ser recíprocas, cada partícipe deve enxergar o que é necessário para a redução da complexidade e assumir o comportamento do outro através desse mesmo valor.²⁵ É a chamada dupla contingência, na forma como expõe Luhmann:

[...] o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas de tais expectativas.²⁶

As expectativas, segundo Luhmann, podem ser cognitivas ou normativas, cuja diferença específica é o caráter contrafático, isto é o não atendimento a uma expectativa cognitiva tem como consequências a extinção da própria expectativa e a criação de uma nova. Se, por exemplo, a expectativa de que “ao aquecer o metal ele dilatar-se-á” é frustrada, passa-

²⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.31.

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 08.

²² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.52

²³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, *passim*.

²⁴ TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.40.

²⁵ ARNAUD, André-Jean; Lopes JR. Dalmir. (Orgs). Niklas **Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p.10-11.

²⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 109.

se a ter outra expectativa, qual seja: “ao aquecer o metal ele não se dilatará”. Do outro lado, o rompimento da expectativa normativa de que “não se deve matar alguém” não tem o condão de revogar a expectativa, exatamente pelo fato de ser contrafática. A ausência de vigência social nada mais é do que a extinção de uma expectativa normativa diante do seu desapontamento, ou seja, o fenômeno de uma expectativa contrafática ser faticamente revogada.

Diante de tudo que se expôs neste primeiro capítulo, é de se concluir que: a) a expressão “legislação simbólica” indica o predomínio, ou a hipertrofia, da função político-valorativa sobre a função jurídico-instrumental; b) o conteúdo da legislação simbólica pode ser para confirmar valores sociais, para adiar a solução de conflitos sociais através de conflitos dilatórios, para demonstrar a capacidade de ação do Estado; c) a configuração de uma legislação como simbólica decorre, além de sua finalidade, da ausência de eficácia (no sentido sociológico) e de vigência social.

3 AUTOPOIESE E ALOPOIESE DO DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Almeja este capítulo a estudar os conceitos de autopoiese e de alopoiese dentro da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, para, no capítulo seguinte, aferir a viabilidade de relacionar o conceito de alopoiese com a legislação simbólica.

Historicamente, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, com base na teoria biológica de Maturana e Varela, incorporou às ciências sociais os conceitos de autopoiese e de alopoiese, os quais se revelam de grande utilidade para a descrição do direito brasileiro, no qual a interferência de outros subsistemas sociais no jurídico é evidente para os juristas praticantes, mas não para a dogmática tradicional.

Etimologicamente, o termo autopoiese deriva do grego *autos* (“por si próprio”) e *poieses* (“criação”) e, na teoria biológica, significa que um sistema é construído por seus próprios componentes. A produção, a transformação e a destruição de seus componentes realizam-se através de suas interações e transformações. Sistema e ambiente seriam independentes, daí falar-se que os sistemas são homeostáticos.

Por um lado, na Teoria dos Sistemas de Luhmann, diversamente da teoria biológica, a produção das relações entre sistema e ambiente é um elemento necessário para a reprodução autopoética. Um sistema mantém seu caráter autopoietico na medida em que se refere a si

mesmo e ao seu ambiente. As mais diversas determinações do ambiente, no entanto, somente serão inseridas no sistema quando filtradas pelo código-diferença específico de cada uma das espécies dos subsistemas sociais. Para Luhmann, um subsistema social tem como estrutura um código-diferença através do qual elementos externos (extrasistêmicos ou do “ambiente”) são inseridos.²⁷

O direito, como subsistema social, pode ser interpretado como controle do código-diferença “lícito/ilícito”. Na teoria de Luhmann pode-se dizer que o direito não passa de “um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”. O direito pode assimilar, de acordo com seu código-diferença, os fatores do ambiente (abertura cognitiva), não sendo diretamente influenciado por eles, porquanto a vigência jurídica de expectativas normativas depende de processos seletivos de filtragem no interior do sistema jurídico.

Nesse sentido, as diversas determinações do ambiente só são inseridas no sistema (abertura) quando este, de acordo com seus próprios critérios e código/diferença, atribui-lhes forma (fechamento). É a chamada autopoiese no direito.²⁸ Assim, “todos os valores que circulam o discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevante, ou valores próprios do direito”²⁹. O fechamento operacional, o qual garante a autopoiese no direito, dá-se pelo código/diferença “lícito/ilícito: o responsável pela comutação dos fatos externos e a respectiva inserção no sistema.”³⁰ Se, e somente se, um elemento “passar” por tal filtro, estar-se-á ante um sistema jurídico autopoietico. O poder econômico, político, religioso, por exemplo, para exercerem influência num direito organizado autopoieticamente, deve, sempre, passar por tais filtros, de modo que, se o direito não lhe autoriza a entrada, será mero “ambiente”. Segundo Arnaud:

O código jurídico regula todas as comunicações internas, mas tão somente a comunicação interna do sistema jurídico. Não existe nem *input* do direito para o interior do sistema, nem tampouco *output* do direito para o exterior do sistema. Fora do direito não se pode fazer nada com o direito (...). O contato do direito com seu ambiente social deve ser tratado sob um outro sentido – como sendo suas oportunidades políticas, sua utilidade econômica, sua perturbação pelo contato do sistema em movimento, etc., assim, em torno de cada sistema é que se localizam os casos concretos.³¹

Por outro lado, a “corrupção” do sistema significa exatamente o oposto disso: os elementos de outro sistema, sem passarem pelo filtro do código-diferença de um determinado subsistema, entram e permanecem neste. Quando as fronteiras entre um subsistema e o

²⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2006. p. 38 e 41.

²⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 187.

²⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.139.

³⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.146.

³¹ ARNAUD, André-Jean; Lopes JR. Dalmir. (Orgs). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p.60.

ambiente diluem-se, todavia, está-se diante da chamada alopoiese. Do grego *alôs* (“um outro”, “diferente”) e *poieses* (“produção”, “criação”), o termo designa que o sistema se reproduz por critérios do ambiente. O direito alopoiético, nesse contexto, perde sua autonomia operacional. Os agentes do sistema jurídico põem de lado o código-diferença licito/ilícito e passam a conduzir-se com base em injunções diretas da economia (ter/não-ter), da política (poder/não-poder), da ciência (verdadeiro/falso), da religião (transcendente/imanente).³² Segundo Marcelo Neves:

Não se trata, portanto, de bloqueios eventuais na reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional³³.

O comportamento, leciona Marcelo Neves, deixa de orientar-se primariamente pela semântica jurídica dos modelos textuais da Constituição, da lei, para orientar-se primariamente por outros modelos sociais de conduta.³⁴ “O paradoxo ‘lícito porque ilícito’ é desparadoxizado pelas fórmulas ‘lícito porque rico’, ‘lícito porque amigo’, etc.”³⁵ Em síntese, o conceito de alopoiese é o contrário³⁶ ao de alopoiese, de modo que a negação de um implica na presença do outro.

À guisa de exemplificação de alopoiese jurídica, pode-se citar a seguinte pesquisa empírica feita por Alexandre da Maia³⁷ no foro do Recife onde aponta a alopoiese naquela jurisdição principalmente com a sobreposição do código das boas relações (amigo/inimigo) ao código do direito (lícito/ilícito). Narra o autor que os princípios do impulso oficial (art. 262, do Código de Processo Civil) e da celeridade processual (art. 125, II, do Código de Processo Civil) são diretamente influenciados pelas relações de amizade entre os servidores judiciários e os advogados e estagiários. Com base no dito “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”, as partes interessadas na maior celeridade do andamento processual fazem-se figuras presentes nas repartições públicas, criando estreitos vínculos com os serventuários, os quais são, ao final do ano, recompensados com “mimos natalinos”.

Outro exemplo de alopoiese no direito é trazida por João Maurício Adeodato. No subsistema jurídico-penal carcerário observa-se a corrupção do direito pelo código

³² NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.86.

³³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.146

³⁴ ARNAUD, André-Jean; Lopes JR. Dalmir. (Orgs). Niklas **Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 148.

³⁵ ARNAUD, André-Jean; Lopes JR. Dalmir. (Orgs). Niklas **Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 148.

³⁶ Sobre conceitos contrários, cf. ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007, p. 313, 119b.

³⁷ MAIA, Alexandre da. **Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000, p. 82-85.

econômico, na medida em que, nos ilícitos penais praticados em proporção semelhante entre carentes e abastados, a condenação destes é inquestionavelmente menor.³⁸

Saliente-se que não se desconhece, quando se trata da dualidade autopoiese *versus* alopoiese, que no direito, como todo sistema social, há um condicionamento pelo ambiente. A alopoiese, porém, ocorre quando o sistema jurídico perde sua capacidade de releitura de das determinantes do ambiente pelo seu código/diferença “lícito/ilícito”, conduzindo-se primariamente com base nas injunções diretas de outros subsistemas.

Para Marcelo Neves, a modernidade periférica latino-americana é alopoiética, sendo intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese a esta realidade jurídica. A miscelânea social³⁹, afirma o autor, implica dificuldades na construção da identidade da esfera de juridicidade, o que resulta na falta de autonomia das respectivas conexões sociais de ação. Nas sociedades latino-americanas, a sobreposição dos códigos econômico e político às questões jurídicas impossibilita a autonomia do sistema jurídico. O direito passa a ser instrumento da política, “seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas, principalmente durante períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa”.⁴⁰

Assim, pode-se concluir que a alopoiese é conceito deveras útil para a dogmática jurídica brasileira, se e na medida em que é clara, para os juristas praticantes, a interferência de outros subsistemas no direito na *terrae brasilis*, mas estranhamente sem grande utilização pelos Cientistas do Direito.

4 POR UMA RELAÇÃO DA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA COM A ALOPOIESE DO DIREITO

Fixados os conceitos de legislação simbólica e de autopoiese e alopoiese no direito, verifica-se neste item se e em que medida a legislação simbólica relaciona-se com a alopoiese no direito.

³⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172-173.

³⁹ NEVES, Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993, p. 14.

⁴⁰ Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993, p. 17.

Constituem funções do sistema jurídico tanto a regulação da conduta quanto a asseguuração de expectativas. As legislações chamadas simbólicas não exercem qualquer das duas funções. O objetivo dos agentes públicos, com efeito, não é o conteúdo normativo dos textos e, pois, sua positivação, aqui entendida como o somatório da eficácia com a vigência social. A legislação simbólica está, primária e efetivamente, ao serviço da política, da economia, da moral, etc. Vê-se, destarte, na legislação simbólica a expansão da esfera do político, do econômico, do moral, etc., em detrimento do desenvolvimento autônomo do direito pelo código diferença licito/ilícito.

O texto proclama um modelo jurídico, a partir do qual estaria assegurada a autonomia operacional do direito, ou seja, a autopoiese. Contudo, ao ser ilocucionalmente insincero, tendo por função primária e efetivamente um viés político-ideológico, acaba o texto por resultar no bloqueio da reprodução autônoma do sistema jurídico. O discurso legal passa a constituir-se como uma linguagem destinada a persuadir e a convencer.

O direito, no contexto da legislação simbólica, dessa forma, corrompe-se sistemicamente; fica subordinado aos subsistemas econômico (ter/não-ter), político (poder/não-poder), científico (verdadeiro/falso), religioso (transcendente/imaneante), etc. As fronteiras entre o direito e o ambiente não apenas se enfraquecem, elas desaparecem, transfigurando-se em um sistema alopoiético. A instrumentalização sistêmica do direito pelos outros códigos de poder opera-se tanto no nível do processo legislativo quanto no processo de concretização dos textos normativos. A criação e a aplicação do direito torna-se palco onde os interesses particularistas procuram se impor à margem dos procedimentos constitucionais, verificando-se uma tendência de privatização do Estado.⁴¹

A relevância nessa constatação ultrapassa uma questão teórica e reflete-se pragmaticamente. O problema da legislação simbólica como alopoiese do direito decorre fundamentalmente da perda da força comissivo-diretiva do texto legal, em detrimento do aumento na produção de normas jurídicas. O texto legal perde sua força de regulador de comportamento e de assegurador de expectativas e transforma-se num mecanismo de persuasão e de manipulação a serviço dos subsistemas político, econômico, etc. Como consequência, perde-se a crença no sistema jurídico; os destinatários do texto sentem-se enganados; as leis não “pegam”; os agentes políticos tornam-se cínicos. A raiz desse problema, pode-se dizer, subjaz de uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, elevadas

⁴¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 247.

como mecanismo solucionador dos problemas da sociedade, um “fetichismo legal socialmente irresponsável.”⁴²

Portanto, este trabalho sustenta a tese de que a legislação simbólica tem como um de seus efeitos a corrupção sistêmica do direito, ou seja, a alopoiese, na medida em que a resolução dos problemas da sociedade passa, assim, a depender da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Mas não se pode, por outro lado, sustentar que há uma implicação recíproca, na medida em que pode haver alopoiese sem qualquer expressão textual jurídica ou legislação simbólica. Pode-se, por outro lado, ter legislação com normatividade (eficácia e vigência) e com caráter alopoiético. Ademais, a alopoiese não está relacionada somente ao processo de produção legislativa de enunciados jurídicos, já que se configura, por exemplo, na atividade de aplicação do direito, quando determinada decisão é proferida em razão de vínculo de amizade, de forças políticas, econômicas, etc.

Por isso, pode-se defender que a alopoiese é um fenômeno mais amplo que, diversamente da legislação simbólica, não está adstrito à ausência de eficácia e de vigência social do texto posto. Onde há legislação simbólica haverá alopoiese, mas nem sempre quando houver alopoiese haverá legislação simbólica.

5 CONCLUSÃO: AS TESES DO ARTIGO

Com base no referencial teórico foram fixados os conceitos de legislação simbólica e de alopoiese, cada qual em um capítulo, os quais foram relacionados em um terceiro, oportunidade em que se sustentou a tese de que há uma relação não recíproca entre os termos “legislação simbólica” e “alopoiese”, porquanto a legislação simbólica está contida na alopoiese.

No primeiro capítulo, fixou-se que a legislação simbólica é conotada como a hipertrofia da função político-valorativo em detrimento da função normativo-jurídica, a qual se consubstancia quando ao texto legal faltar eficácia e vigência social, e quando corresponder a fins que não jurídicos. Tais fins são aqueles decorrentes da tipologia tricotômica proposta por Harald Kindermann adotada por Marcelo Neves, ou seja, para a confirmação de valores sociais, como compromisso dilatatório e como alibi para reforçar a figura da instituição-Estado. Em razão de o texto normativo não expressar os reais interesses dos agentes políticos, o agir

⁴² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 254.

destes, com base em Habermas, foi qualificado em estratégico, em contraposição ao agir comunicativo tendo em vista a insinceridade do legislador. Por derradeiro, identificou-se o chamado direito penal simbólico como espécie de legislação simbólica, dando-se como exemplo o já revogado crime de adultério.

No segundo capítulo diferenciaram-se os conceitos de autopoiese e alopoiese do direito. Aquele foi definido como a reprodução do sistema jurídico como base no código-diferença “lícito/ilícito”. Por sua vez, a alopoiese quando o sistema jurídico perde sua capacidade de releitura das determinantes do ambiente pelo seu código/diferença “lícito/ilícito”, conduzindo-se primariamente com base nas injunções diretas de outros subsistemas.

Os conceitos fixados foram, no último capítulo, relacionados. Concluiu-se que a legislação simbólica, ao prestar-se a fins outros que não o normativo-jurídico, implica na alopoiese no direito. A alopoiese, todavia, não decorre necessariamente da existência de legislação simbólica por ser-lhe um fenômeno mais amplo.

Por meio desta pesquisa, pôde-se perceber que a divulgação dos conceitos de legislação simbólica e de alopoiese, no meio jurídico brasileiro, mostra-se de grande utilidade vez que, munidos de um instrumental teórico, os aplicadores do direito poderão melhor compreender a sistemática jurídica brasileira: as razões para a edição de tantos textos legais os quais se mostram, com o tempo, carentes de eficácia e vigência, e como elementos extrajurídicos contribuem para a perda da autonomia do subsistema jurídico.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARNAUD, André-Jean; Lopes JR. Dalmir. (Orgs). Niklas **Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. 3. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1981¹ KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. Bogotá: Temis, 1990, p. 36

DINIZ, Almachio. **Do Divorcio**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro Editor, 1916

- ECO, Umberto. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. Trad. Milton Mariarosaria Fabris e José Luis Fiorin. São Paulo: Ática, 1991
- HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. Bogotá: Temis, 1990.
- LUHMANN, Niklas. **A restituição do décimo segundo carneiro: do sentido de uma análise sociológica do direito**. In ARNAUD, André- Jean. LOPRES JR. Dalmir (org.). Niklas Luhmann: do sistema à sociologia jurídica. Tradução de Dalmir Lopes Jr. Daniele Andrea da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp.33-107.
- _____. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2.ed. Cidade do México: Universidade Iberoamericana, 2005
- _____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro: Vozes, 2009;
- _____. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Herder, 2006;
- _____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MAIA, Alexandre da. **Ontologia Jurídica**: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008
- _____. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993.
- PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Teixeira Coelho. São Paulo: Perspectiva, 2005
- TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.