VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

TEORIA, FILOSOFIA, ANTROPOLOGIA E HISTÓRIA DO DIREITO

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

JUAN OLIVIER GOMEZ MEZA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teoria, filosofia, antropologia e história do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Juan Olivier Gomez Meza, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-394-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teoria. 3. Filosofia. 4. História do Direito. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34







Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

TEORIA, FILOSOFIA, ANTROPOLOGIA E HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Teoria, filosofia, antropologia e história do Direito I, durante o VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado em Heredia, San José e San Ramón – Costa Rica, de 23 a 25 de maio de 2017, em parceria com a Universidad de Costa Rica.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central – DIREITOS HUMANOS, CONSTITUIONALISMO E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA E CARIBE. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente diante do ambiente da globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 12 (doze) artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com este Grupo de Trabalho, que tem a seguinte temática: Teoria, filosofia, antropologia e história do Direito.

Com relação à temática "A CONTRIBUIÇÃO DE ZYGMUNT BAUMAN PARA OS ESTUDOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO", tivemos os trabalhos dos professores Adalberto Simão Filho e Vladia Maria de Moura Soares. Assim, verificada a formação de um Estado Policial que pretende a segurança a partir da vigilância pelas mais diversas formas, provenientes do uso da tecnologia, o pensamento de Bauman é revisitado para verificar a sua contribuição ao ambiente de informação, com vistas à observância da construção social do direito que reflete em movimentos sociais e direitos emergentes.

Já com o tema "CIÊNCIA E DIREITO: ENTRE A IGUALDADE, A SEGURANÇA E O CONTROLE", os professores Eduardo Gonçalves Rocha e Alexandre Bernardino Costa analisam o enfoque micropolítico para estudar a relação entre o Direito e a Ciência. A micropolítica empenha-se em entender como se dá o processo de institucionalização das verdades. Parte-se do seguinte problema: qual a relação micropolítica existente entre o Direito e a Ciência?

Trazendo o debate para o tema “O ESTADO E O GERENCIAMENTO DE CONFLITOS URBANOS: REFLEXÕES SOBRE A SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL”, as autoras Cláudia Franco Corrêa e Morgana Paiva Valim estudam, pelo presente artigo, a eficiência do sistema de segurança pública, sobre a violência e o estado de barbárie vivenciados no Brasil, especialmente, no Estado do Espírito Santo – ES, em fevereiro de 2017. De forma semelhante, o professor Alvaro Filipe Oxley da Rocha, com o trabalho “CRIMINOLOGIA E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA”, analisa o conceito de Violência Simbólica, o qual mostra o Direito não como uma “ciência pura”, nem como o reflexo direto das relações de forças existentes, mas como o produto da luta simbólica que os juristas-criminólogos travam para impor a definição legítima do Direito e de seu próprio trabalho.

Raquel De Lima Mendes e Ivan Da Costa Alemão Ferreira, no trabalho “OPERAÇÃO LAVA-JATO: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM XEQUE NOS PAÍSES DE MODERNIDADE PERIFÉRICA”, estudam os principais pontos, a partir da visão de Marcelo Neves, em sua obra “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, sobre o contexto da operação Lava Jato.

Já Fernando Quintana, na pesquisa “DIREITOS HUMANOS: MORAL UNIVERSAL E VALORES PARTICULARES”, propõe um estudo de dois modelos teóricos, o “universalismo concreto” e o “particularismo crítico” para pensar a dialética da identidade e da alteridade.

Janaína Machado Sturza e Sandra Regina Martini, com o trabalho “O DIREITO HUMANO À SAÚDE NA SOCIEDADE COSMOPOLITA: A SAÚDE COMO BEM DA COMUNIDADE E PONTE PARA A CIDADANIA”, objetivam fomentar a interlocução entre o direito humano à saúde e a necessidade de ultrapassar-se fronteiras, entendendo que a saúde é um bem da comunidade e uma ponte para a cidadania cosmopolita, a qual ultrapassa os limites do Estado-Nação.

Caio Augusto Souza Lara e Adriana Goulart de Sena Orsini, no trabalho “O FENÔMENO DO BIG DATA E OS PRESSUPOSTOS PARA UMA NOVA ONDA DE ACESSO MATERIAL À JUSTIÇA”, fazem um estudo de uma ação conjunta dos entes públicos com a participação da sociedade podem levar ao jurisdicionado-cidadão uma experimentação típica da sociedade infodemocrática do século XXI com significativo ganho na efetividade de direitos em uma nova fase de acesso à justiça.

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira, com a temática “O QUE É DEFENSORIA PÚBLICA? QUAL É A SUA IDENTIDADE? CONCEPÇÕES TANGENCIAIS DA HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA”, realiza uma investigação fenomenológica da Defensoria Pública, tendo em vista que, a partir dos vários conceitos apresentados na doutrina e da previsão legislativa, não esclarece, do ponto de vista ontológico.

Dennis Verbicaro Soares, na pesquisa “O RESGATE DO INSTINTO DE SOCIABILIDADE E A POTENCIALIZAÇÃO DA MOBILIDADE CÍVICA ATRAVÉS DE UMA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE AS TEORIAS DA AÇÃO COMUNICATIVA E A ANARQUISTA”, propõe identificar os pontos de conexão entre as teorias da ação comunicativa de Jürgen Habermas e a anarquista de Mikhail Bakunin, em especial na construção de um novo modelo de cidadania participativa.

Julio Cesar de Aguiar e Marcos Aurélio Pereira Valadão, com o artigo intitulado “SOBRE O CONCEITO ANALÍTICO-COMPORTAMENTAL DE NORMA JURÍDICA”, propõem um novo conceito de norma jurídica de um ponto de vista analítico-comportamental.

E, para finalizar, Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres e Maria Creusa de Araújo Borges, com o tema “TEORIAS DA DOGMÁTICA E O CONTORNO DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM NO PENSAMENTO DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR”, apresentam a teoria da norma jurídica a partir da filosofia da linguagem formulada por Tercio Sampaio Ferraz Junior, em que este autor propõe uma abordagem pragmática da norma jurídica, para determinação de um sistema explicativo do comportamento humano enquanto regulado por normas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

Prof. Dr. Juan Olivier Gomez Meza - ET LONGO MAI

OPERAÇÃO LAVA-JATO: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM XEQUE NOS PAÍSES DE MODERNIADE PERIFÉRICA

LAVA-JATO OPERATION: THE DEMOCRATIC STATE OF RIGHT IN CHECK IN THE COUNTRIES OF PERIPHERAL MODERNITY.

Raquel De Lima Mendes [1]
Ivan Da Costa Alemão Ferreira [2]

Resumo

O estudo analisa os principais traçados, sobretudo a partir da visão de Marcelo Neves, em sua obra "Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil", que podem ser feitos e considerados negativos para a efetiva realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica. A relação é tida principalmmente quanto aos limites à autoreferência dos sistemas político e jurídico. Serão confrontadas as teorias de Luhmann e Habermas, feitas em países de modernidade central e sua suposta aplicabilidade em países de modernidade periférica. O estudo propõe análise além da teoria de Marcelo Neves, pois, será abordado o contexto da operação Lava Jato.

Palavras-chave: Modernidade periférica, Modernidade central, Autorreferência, Operação lava jato, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The study is based on the ideas of Marcelo Neves, in his work "Between Têmis and Leviatã: a difficult relation", considered negative for an effective realization of the Democratic State of Right in the peripheral modernity. There is a relation between the limits to the self-referencing of political and legal systems. They will be confronted as the theories of Luhmann and Habermas, made in countries of central modernity and their supposed applicability in countries of peripheral modernity. The study proposes analysis beyond the theory of Marcelo Neves, because, are addressed or the context of the operation Lava Jato.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Peripheral modernity, Central modernity, Self-reference, Lava jato operation, Democratic state

[1] Doutoranda do PPGSD-UFF. Professora na Universidade Veiga de Almeida. Advogada militante.

[2] Doutor do PPGSD-UFF. Desembargador do TRT 1ª Região.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar os principais traçados, sobretudo a partir da visão de Marcelo Neves, em sua obra “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, que podem ser feitos e considerados negativos para a efetiva realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, na qual está inserido o Brasil. Isto porque, relacionam-se antes de tudo com os limites à autoreferência dos sistemas político e jurídico.

A situação ganha escopo e torna-se grave, quando se identifica que emergem relevantes problemas de heterorreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, persistem destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista.

Para abordar este problema, algumas considerações a respeito das características estruturais da reprodução da sociedade na modernidade periférica serão analisadas. Duas frentes de pensamento se levantam e tomam evidência.

De acordo com o modelo sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna caracteriza-se pela hipercomplexidade, indissociavelmente vinculada à diferenciação funcional, que se realiza plenamente com a emergência de subsistemas aútopoiéticos.

Já conforme o modelo habermasiano, a modernidade estaria mais diretamente relacionada à superação pela moral convencional pré-moderna e ao advento de uma consciência universalista ("pós-convencional"), que importaria a construção de uma esfera pública autônoma.

Essas duas concepções, que encontram plausibilidade no que concerne aos "países centrais", compreendem apenas parcialmente a modernidade. A elevada complexidade social e o desaparecimento de uma moral conteudístico-hierárquica diretamente válida em todas as esferas do agir e do vivenciar ou, na terminologia habermasiana, a superação da "moral convencional", podem ser definidos como traços característicos da sociedade moderna.

Indo mais além, analisa-se a aplicabilidade dessas duas concepções frente à realidade brasileira, e será verificada a funcionabilidade dos modelos neste contexto.

Após análise do contexto brasileiro feito pelo autor, será verificada se o Brasil ainda se movimenta neste sentido, ou se já encontra-se em momento afrente à época estudada por

Marcelo Neves.

O contexto da Lava Jato será estudado como uma hipótese de rompimento do modelo proposto por Marcelo Neves, o que permitiria uma nova visão acerca das perspectivas de futuro para o Brasil.

2. OBJETIVOS

2.1 Objetivos gerais

- Analisar alguns elementos capazes de afetar não apenas o Estado Democrático de Direito em países de modernidade central, mas que influenciam aos países de modernidade periférica.
- Identificar os principais fatos geradores da teoria de Lhumman e Habermas muito conhecidas e aplicadas aos países de modernidade central;
- Demonstrar a grande importância da promoção de políticas públicas principalmente quanto as questões éticas que abarcam a transformação da máquina publica como se privadas fossem;
- Demonstrar como o Estado Democrático de Direito sofre os revezes da má administração de pessoas que consideram a coisa pública como se particular fosse e sua consequente e suposta impunidade.

2.2 Objetivos específicos

- Colher e apreciar as posições dos principais estudiosos das questões em tela no artigo;
- Apresentar sugestões quanto à solução das questões objeto da pesquisa.
- Demonstrar que a organização do Estado Democrático Brasileiro e suas finalidades de modo a contrapor com a realidade encontrada;
- Demonstrar que a máquina pública é do coletivo e que se é usada para satisfação de interesses pessoais, os envolvidos merecem punição, mas, analisar-se-á se esta acontece na prática.

3. METODOLOGIA

O presente estudo pretende realizar e propor uma reflexão quanto à possibilidade real de se assegurar uma melhor funcionamento do Estado Democrático de Direito em países de modernidade periférica como o Brasil, partindo inclusive para análise exclusiva deste quando

considerada a Operação Lava jato. Serão considerados seus reflexos na na atividade econômica do país como resultado de maior desenvolvimento socioeconômico de seus cidadãos, contextualizando esta perspectiva com a efetiva viabilidade dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

E ainda, pretende demonstrar a importância do Estado Democrático de Direito não apenas em quanto organização Estatal mas também a sua efetiva necessidade de realização na prática.

A pesquisa será bibliográfica e serão utilizadas fontes oficiais de órgãos públicos como o Ministério Público Federal, com a finalidade de estudar e investigar previamente elementos que poderão dar uma visão avançada e atual no estudo, permitindo uma análise da legislação, nacional e sobretudo constitucional, relativamente ao problema da particularização da máquina estatal para atender benefícios de caráter pessoal dos políticos envolvidos, bem como dos prejuízos causados ao Brasil pela falta, ou irrisória punição.

A análise de dados envolverá aspectos qualitativos e quantitativos, utilizando-se os procedimentos estatísticos adequados.

A pesquisa se desenvolverá nas seguintes fases:

1. Pesquisa bibliográfica em autores nacionais e internacionais especializados no assunto;

2. Pesquisa através de meios eletrônicos, considerando-se: Internet e outros similares.

3. Busca em arquivos, a fim de averiguar se existem, ou existiram, políticas de incentivo do Estado brasileiro em prol da questão abordada no projeto quanto à tutela da permanência e efetividade do Estado Democrático de Direito.

4. Comparar questões já colocadas por outros autores a fim de embasar a pesquisa e construir entendimento necessário para a aplicação das teorias do Direito na realidade brasileira.

4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

4.1 Generalidades e peculiaridades entre Têmis e Leviatã

Inicialmente analisaremos a imagem de Têmis e Leviatã proposta como um duelo entre dois titãs que estão constantemente se enfrentando, em um primeiro momento em países em que existe a modernidade central e que como veremos ao longo do estudo não se adequam aos paíes em que há a modernidade periférica.

Entende-se por Têmis, de forma metafórica, os mecanismos de referências para além

daquela que são sistematicamente organizadas, e em contrapartida, entende-se por Leviatã, igualmente de forma metafórica, o constante esforço do estado na pretensão de expansão do seu poder.

Ou seja, o que se pretende é o estudo de uma construção de uma representação constitucional concreta dentro de um período histórico buscando equacionar o poder do estado e os mecanismos alternativos de dominação.

Para explicar a construção dessa representação constitucional, serão observadas duas espécies de recusa. Uma no sentido de reprodução automática e mecânica de determinadas teorias diferentes dos moldes brasileiros e que supostamente muitas vezes são pensadas dentro do contexto brasileiro.

Para tanto são eleitos Luhmann e o Habermas para serem interlocutores, de maneira a permitir o diálogo com suas respectivas teorias, contudo, não feitas de forma mecânica, mas, sim utilizadas com adaptação para que possam ter um sentido e significado em realidades distintas das quais foram pensadas.

A segunda recusa seria no sentido de não assumir uma posição particularista no sentido de apontar que determinada teoria do direito deve ser produzida no Brasil e, portanto, ser genuinamente nacional, pois, é possível dialogar com referências externas, como as propostas por Luhmann e por Habermas, desde que sejam reconfiguradas, ou seja, repensadas a partir da realidade local a qual se propõe a serem analisadas.

Em suma, a ideia é que cientificamente falando, é possível, dentro da análise de um determinado contexto histórico, observar a realidade brasileira a partir de referências externas desde que sejam adaptadas ao contexto brasileiro, ainda que o ponto de partida seja uma realidade estrangeira.

Luhmann trabalha com a ideia de subsistemas, em que está presente uma diferença paradigmática entre o binômio sistema e meio ambiente. Ou seja, os sistemas são fechados, mas, ao mesmo tempo integrantes de um sistema maior e mais complexo, o que significa dizer que estão construídos de forma operacional, mas, que se inserem em um contexto, o sistema é apenas uma especialização desenvolvida em um meio.

Já Habermas trabalha com a reconfiguração de pluralismo moral, procedural que se propõe como um horizonte de sistemas. Ou seja, trata-se do binômio sistemas e mundo da vida, em que existem sistemas que se diferenciam, contudo, todos eles têm um pano de fundo comum que é o mundo da vida. Isto significa dizer que se trata do espaço em que as pessoas tematizam

sobre suas questões, suas referências e são capazes de construir sob a perspectiva do entendimento também uma lógica de agir, que é a lógica comunicacional e não impositiva. Em razão de todo esse encadeamento, estariamos diante de uma lógica sistêmica, que nada mais reluz do que o Luhmannian.

Ao falar de estado democrático de direito duas perspectivas emergem neste contexto, uma, presente em Luhmann a luz da teoria dos sistemas e outra presente em Habermas a luz da teoria do discurso.

A proposta é ir além de Luhmann e Habermas propondo um modelo de estado democrático de direito, capaz de equacionar, ou pelo menos propor a equação entre o Têmis e o Leviatã. Para tanto, a ideia central estaria pautada em que o estado democrático de direito permite o discenso conteudístico, ou seja, não se centram em um ponto tradicional (carisma, religião…) mas, observa-se que na modernidade, são encontrados uma série de valores que podem pautar as ações daqueles que integram determinada sociedade.

Assim é possível partir de um discenso conteudístico, permitindo que o estado democrático de direito viabilize o consenso procedimental.

Nota-se que a ideia de discenso é fundamental no pensamento de Luman, e não existe nenhum tipo de garantia prévia dos comportamentos, o que se garante, frise-se, é a expectativa de comportamento.

Por outro lado, com Habermas é possível observar que o consenso é possível em termos de conteúdo com os argumentos estruturados, valorização de procedimentos, que permitem a organização dos valores sociais enquanto integrantes de determinada sociedade.

Por via de consequência, é possível pensar que o modelo do estado democrático de direito não necessariamente reproduz os pressupostos de democracia identificados nos países de modernidade central, haja vista a existência de fatores “problemáticos” que limitam esta visão. Então algumas condições de operação são analisadas e pensa-se em um ideal de funcionamento a partir da análise da realidade concreta e as suas reais possibilidades de aplicação.

Ressalta-se que o grande mote da definição do direito em Luhmann e em Habermas segue no sentido que em Lumam implica em uma especialização funcional de um sistema criando mecanismos de produção e reprodução independente em relação ao meio, ou seja, o sistema autopoiético. Neste sistema, se estabelece um código capaz de definir o que é legal e

ilegal, obeserva-se que é o próprio direito quem cria o paradigma de legalidade capaz de ser reconhecido por todo o sistema.

Assim, se alguma coisa não se organiza como legal ou ilegal o sistema jurídico não é capaz de reconhecê-lo. A guisa de exemplo, a ação de escovar os dentes, ao direito, não gera nenhum reconhecimento. Neste patamar, para Luhmann, deve-se considerar empiricamente formas de funcionamento do direito para verificar se corresponde a essa leitura. Conforme o trecho transcrito:

> "Cada pessoa encerra um sistema psíquico como sistema autopoiético diferente dos sistemas sociais. Seus elementos não são comunicações, senão consciência (Bewusstsein). O sistema psíquico não persegue nada que não possua a forma de conciência. Os sistemas sociais, enquanto tais, e seus elementos, lhe são alheios, são seu meio." (NAUD, LOPES:2004,326)

Já em Habermas o direito não funciona apenas em torno de subsistemas como também, a partir de uma resgatabildiade discursiva em espaços em que este direito é imposto para os cidadãos e constantemente tematizados independentemente da força e do poder. A imposição é feita na forma de objeto de discussão, ou seja, este espaço é diferenciado do espaço sistêmico, em que o direito é fruto do entrelaçamento entre política, direito e moral, conforme sergue:

> "... é difícil imaginar que nesta constelação, o direito pudesse ser assimilado inteiramente pela política ou, ao contrário, ser separado completamente dela. Além disso, é possível mostrar que determiadas estruturas da consciência moral devem ter desempenhado um papel importante na sibiose entre direito e poder do Estado... Esse momento de indisponibilidade, que o direito moderno forma um contrapeso evidente à instrumentalização política do *medium* do direito, resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral. (HABERMAS:1997,234)

Esses pressupostos trazidos por Luhmann e Habermas são fundamentais para situar o direito na modernidade, isto porque com a identificação de regiões em que estes pressupostos estão presentes são chamadas de regiões de modernidade central. E ao identifica-los pode-se dizer que estão presentes pressupostos que não apenas orientam como também correspondem ao funcionamento do direito.

Por outro lado, existem outras regiões territoriais no planeta que esses pressupostos não correspondem ao funcionamento do direito. Assim, em contrário sensu, se o direito funciona sem corresponder a esses pressupostos, há o que se chamou de modernidade periférica.

A modernidade periférica ou negativa não tem o condão de atribuir valor pejorativo, mas, sim, apenas de não corresponder aos pressupostos das teorias Luhmannianas e Habermasianas.

Assim, o conceito de modernidade central e periférica não é a reprodução de um conceito. Ocorre que à luz de certos pressupostos que são fundamentais para se definir o direito e o estado, em Luhmann e em Habermas, certas regiões territorialmente definidas no planeta, correspondem a certos pressupostos e outros não, e isso irá diferenciar modernidade central e periférica, conforme passaremos a analisar a seguir.

4.2 Corrupção da Autonomia Sistêmica do Direito

O problema proposto a partir de Marcelo Neves está no fato de que, em determinadas regiões estatalmente político-jurídicas mais delimitadas, denominadas de "países periféricos", em relação a outros tradicionalmente estudados, como a Alemanha, não são encontradas de maneira alguma, a efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, tampouco a construção de uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania, que constituem supostamente características sociais de outras regiões estatalmente organizadas, denominadas de "países centrais".

Tendo em vista a referida insuficiência de autonomia sistêmica e a não construção de uma esfera pública pluralista, fundada, como vimos, na generalização institucinal da cidadania, Marcelo Neves define a modernidade periférica pelo que chamou de modernidade negativa.

Frise-se que o uso da terminologia negativa não se realciona com um suposto peso pejorativo que o termo poderia atribuir como significancia, mas, sim, utilizou a palavra “negativa” no sentindo de ausência, ou seja, da não identificação das características identificadas nos sistemas Luhmaniano e Habermasiano tradicionalmente estudados nos países que chamou de países centrais.

Isto equivale a dizer que, nos países de modernidade periférica, as relações referentes à amizade e ao poder privatizado sobrepõem-se difusamente ao direito, heteronomizando-lhe a reprodução operativa e corrompendo-lhe a autonomia sistêmica.

Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos é deturpada no processo de concretização do direito. Prevalecem formas unilaterais de legalismo e de impunidade em uma relação paradoxal de complementaridade.

A ideia é de que o estado democrático de direito seria uma questão geral, mais ampla, e que os modelos Luhmanniano e Habermasiano não se reproduziriam perfeitamente na realidade de países de modernidade periférica porque sofrem duas grandes pressões:

A primeira em razão da mundialização, em que o estado nacional progressivamente teria cada vez mais problemas de funcionamento e concretização de políticas públicas, ou seja de efetivação de suas decisões em razão da globalização, refletindo na internacionalização do capital estrangeiro, etecetera.

Significa dizer que o estado vai perdendo força, uma vez que sofre a influência de níveis supra-estatais, refletindo na capacidade de controle dos fluxos próprios da globalização e agrava-se na medida em que também não encontra novos paradigmas capazes de exercer este fluxo estatal. Neste ponto o leviatã vai se tornando impotente. E esses fluxos acabam se imponto a este leviatã.

Neste sentido, Marcelo Neves considera que:

> "A dificuldade de impor decisões políticas e aplicar normas jurídicas às relações e organizações econômicas transnacionais resulta em limites à realização do Estado Democrático de Direito. O código binário "lícito/ilícito" e também o código "poder/não-poder" apresentam-se frágeis para enfrentar a ação restritiva ou destrtutiva dos interesses econômicos sobre os sistemas jurídicos delimitados territoriallmente em Estados. Não se trata simplesmente de autopoiese da economia em face da política e do direito, antes de hipertrofia do código econômico em prejuízo dos códigos jurídico e político." (NEVES:2006,218-219)

A segunda razão seria a pressão e os questionamentos que ocorrem dentro do estado que são os particularismos locais e religiosos. Toda a modernidade organizou-se em torno de conflitos de interesses, passíveis de organização por meio de negociação. Essa identidade estruturada em elementos locais não é passível de acordo e gera um problema muito grande em relação ao estado nação. Pois, criam resistência e não se propõe a algum tipo de transação através da composição de acordo.

Neste sentido, Marcelo Neves reflete que:

> "O Estado Democrático de Direito pressupõe a tolerância: respeito recíproco e simétrico às diferenças. Isso importa hoje "multiculturalismos" na esfera pública pluralista. A generalização e fortificação de formas de intolerância ético-culturais e religiosas no seu âmbito de vigência político-jurídica são fatores de corrosão do Estado Democrático de Direito, constituindo-lhe uma ameaça de destruição. Diferentemente dos /'conflitos triviais" na medida em que são passíveis de mediação, seguem daí formas destrutivas, não triviais de conflito..." (NEVES:2006,223-224)

Vale aqui frisar pontualmente que embora Marcelo Neves apresente uma realidade fática e empírica de que existe um conflito radical entre a modernidade que nega a estrutura originária do Estado Democrático de Direito, o autor não aborda as razões dos conflitos estarem se colocando desta maneira.

Entretanto, o fato é que o Estado Democrático de Direito estaria sofrendo esta dupla pressão apresentando problemas diferentes em países de modernidade central e periférica.

Na central em razão da heterorreferência, isto é, o problema não estaria no funcionamento do estado, mas, sim, no fato em que o modelo de cidadãos que, por exemplo, a França pensou em determinado momento, na atualidade, apresenta-se de forma completamente diferente. Trata-se de uma abertura cognitiva do estado em relação ao seu entorno. Em função disso resta presente o problema de legitimação na comunidade que se insere.

Já na periférica os obstáculos estariam pautados na autorreferência, no qual a dinâmica seria que ,o estado não consegue se constituir como sistema operacionalmente fechado, haja vista que o próprio estado é apropriado de forma privada pelo meio no qual se constitui, razão pela qual não consegue se legitimar.

Paralelo a este modelo encontra-se o Brasil. O estado não se diferencia do seu meio, isto é, conhece o entorno, contudo, produz direito com relação a ele mesmo e não em relação ao seu entorno.

Nessas circunstâncias, os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado Democrático de Direito, tais como o jurisdicional e o administrativo de estrita execução da lei, sobretudo o policial, são invadidos por critérios extrajurídicos que de forma incontrolável corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente.

Marcelo Neves chega a considerar que é ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais. Isto porque do ponto de vista sistêmico, a abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Portanto, antes se trata de quebra do fechamento operacional, por força da qual se diluem as fronteiras entre o "campo jurídico" e outras esferas de comunicação. (NEVES:2006,240)

Disso resulta que, o direito nos países de modernidade periférica, encontra-se permanentemente em crises de identidade, muito mais acentuadas do que as crises de adaptação

que por ventura possa passar o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito da modernidade central. Além do mais, cabe advertir que não se trata simplesmente de fenômenos localizados de "corrupção sistêmica" em detrimento dos acoplamentos estruturais, a questão vai mais além.

A chamada "corrupção sistêmica" apresenta tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo opróprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito.

Assim, Marcelo Neves considera que o problema central não reside na produção de mais ou menos textos normativos, mas sim na superação das condições desjuridicizantes que determinam a colonização do direito pela sociedade.

Contudo, o problema não fica adstrito à "violação" de Têmis pela sociedade desestruturada em virtude da insuficiente diferenciação funcional e da carência de uma esfera pública fundada na universalização da cidadania. A questão abrange também mecanismos sociais destrutivos da autonomia operacional da política. São relevantes aqui as invasões dos procedimentos eleitorais e legislativos pelo código econômico e por particularismos relacionais.

Com referência ao processo eleitoral, comenta o autor que muitas vezes, o procedimento é de tal maneira deturpado que se transforma em um mero ritual: “não há incerteza quanto aos resultados". A eleição afasta-se assim radicalmente do seu modelo constitucional e legal inicialmente estabelecido. (NEVES:2006,242)

Além dos obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito por fatores da sociedade envolvente, evidencia-se na modernidade periférica uma relação destrutiva interna entre Têmis e Leviatã. Embora essa situação envolva bloqueios recíprocos entre política e direito, apresenta-se basicamente como sobreposição destrutiva do código do poder sobre o que seria "lícito/ilícito". Assim, este se caracteriza, como um código frágil, uma vez que não é complementado por critérios e programas suficientemente institucionalizados para enfrentar a força do código político.

4.3 A Experiência Brasileira

A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, isto porque a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma

esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania.

Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito. Não se refere o autor às experiências autoritárias de 1937-45 e 1964-84, que foram os períodos ditatoriais brasileiros. (NEVES:2006,245)

Nesses casos, trata-se de uma negação direta e expressa do Estado de Direito, estando a subordinação de Têmis a Leviatã prescrita claramente nas próprias leis constitucionais. No presente trabalho, interessam especialmente as situações em que o modelo textual de Constituição do Estado Democrático de Direito é adotado, contudo, carece amplamente de concretização.

Pode-se afirmar que, conforme o modelo textual das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 é 1988, teria havido um inquestionável desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, que não se distinguiria basicamente dos seus congêneres na Europa Ocidental, e na América do Norte.

No entanto, no plano da concretização, não se observou um correspondente desenvolvimento: o Estado permanece sendo amplamente bloqueado pela sociedade envolvente, e Têmis, frequentemente é impunemente "violada" por Leviatã à autonomia operacional do direito e atingida generalizadamente por intrusões do código político.

Contudo, cabe aqui acrescentar que, por sua vez, a política, enquanto não está vinculada à diferença "lícito/ilícito" como seu segundo código, também sofre graves limitações no concernente à autopoiese: é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social do Estado, distanciando-se do modelo procedimental previsto no texto da Constituição.

Nessa oportunidade, pretendemos considerar alguns aspectos particulares que se relacionam com a questão da alopoiese de política e direito na experiência brasileira, mas, que exigem um tratamento além do paradigma sistêmico, pois, envolvem o problema da insuficiente construção de uma esfera pública pluralista.

Não aceitando a idéia Habermasiana de consenso racional, Marcelo Neves argumenta que todas as intervenções no direito, inclusive aquelas que resultam de sua instrumentalidade sistêmica, devem estar legitimadas juridicamente por procedimentos que, sem parcialidade, "exclusões" e privilégios, permaneçam abertos à esfera pública como conexão comunicacional de cidadãos juridicamente iguais. Além do mais, os fundamentos constitucionais da pluralidade procedimental e da institucionalização da cidadania tornam-se sobretudo indisponíveis para o poder. (NEVES:2006,246)

A questão do direito não está relacionado ao funcionamento do sistema autopoiético, ou seja, o direito é produzido pelo seu em relação ao sistema social, isto porque, o direito que funciona no Brasil seria alopoiético, em que há a existência do binômio legal e ilegal, mas não é produzido pelo próprio direito, mas por outro lado é determinado por códigos sociais, culminando em problemas na própria especialização do direito que ele próprio produz. Isto significa dizer que o código ter ou não ter da economia é hipertrofiado, gerando problemas, pois é determinado por interesses econômicos, morais e políticos.

Esta hipertrofia do código ter ou não ter, ou seja o modelo marxista é incompatível com a leitura luhmanniana. Isto porque, como vimos o direito no Brasil é alopoiético. Não se trata de considerá-lo mais ou menos aberto, mas sim que ele não se fecha operacionalmente.

O fato é que se não existe uma construção de uma esfera de legalidade que seja própria, também não há como considerar em pensar um direito alternativo, pois para isso teria que pensar que a esfera de legalidade está constituída. Em suma, para se pensar em pluralismo jurídico, é preciso pensar que existe um paradigma estatal.

Não se pode conceber uma alternativa a legalidade, vez que ela é inexistente no Brasil. E pensar justamente em construir uma legalidade determinado pelas questões econômicas paralelas, seria justamente uma alternativa, que poderia ser mais ou menos aplicada nas relações em que o direito dialoga enquanto sistema social.

Diante desta abordagem temos que a legalidade no Brasil não se constitui como realidade tópica, pois, é captada por interesses econômicos, e diante desses aspectos abrem-se duas frentes, de um lado temos a Jurisdicização das relações sociais, em que, observa-se um número crescente de relações sociais que vão sendo reguladas pelo direito, ou seja, atribui-se a isto um número maior de leis, de ações propostas nos tribunais, etecetera. E, a outra frente seria a desjurisdicização fática, em que ilustra a existência no Brasil de um número cada vez maior de leis que vigoram, contudo, carecem de efetividade, pois, muitas das vezes não são socialmente respeitadas.

Tal fato, a guisa de exemplo e empiricamente tratando, pode ser facilmente constatado, que na justiça do trabalho na prática, as leis constantemente são violadas pelos empregadores. Ou seja, embora na teoria haja um maior aumento das normas, o que aparentemente significaria maior rigidez do sistema jurídico, na pratica é flexível. Todo o sistema trabalhista representa ao empregador um incentivo à burla ao direito trabalhista, visto que, na hora da jurisdicização economicamente para o empregador é mais vantajoso.

Se existe uma jurisdicização do ponto de vista formal, quanto à sua efetividade ela não produz seus efeitos, ou seja, a legalidade é frágil, em razão de problemas operacionais que produzam efeitos do ponto de vista prático.

Diante destes aspectos, ao analisar genuinamente as teorias de Luhmann e Habermas, do ponto de vista luhmanniano, no Brasil, o estado não funciona por ele mesmo, enquanto sistema. E do ponto de vista habermaziano, o que teríamos inicialmente que estado/direito vem colonizando os espaços de resistência do mundo da vida pelo estado, no Brasil a lógica se inverte, isto porque, no mundo da vida capturam parcelas do estado e gerenciam essa ideia como se privado fosse a partir de elementos de corrupção sistêmica, que como vimos traz elementos capazes de gerenciar o estado de forma privada.

Em suma, ambos não correspondem aos pressupostos do Brasil, por isso é chamado de modernidade periférica, visto que o direito, em razão dos interesses econômicos que determinam os mecanismos da política, não é possível identificar os paradigmas do direito observados por Luhmann e Habermas.

Evidentemente, a experiência brasileira marca-se por formas de instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos, apontando no sentido inverso à indisponibilidade do direito. Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e "exclusões" que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais.

4.4 Subintegração e Sobreintegração

Um dos obstáculos que mais dificultam a realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil, é a generalização de relações de subintegração e sobreintegração, definindo a inclusão como *acesso e dependência* aos sistemas sociais'". Falta nesse caso, uma das duas dimensões do conceito.

Não se trata, a rigor, de relações alopáticas de exclusão entre grupos humanos no espaço social, antes de formas subordinadas ou sobreordenadas de integração social. Aqui interessa, sobretudo, o problema da falta generalizada de inclusão no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente.

Isso significa inexistência de cidadania como mecanismo de integração jurídico-política igualitária da população na sociedade. Isto é, se a cidadania se configura a partir da igualdade de

seus cidadãos isso é inexistente no Brasil.

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas, dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os "subcidadãos" não estão inteiramente excluídos, embora lhes faltem às condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. (NEVES:2006,249-250)

Trocando em miúdos, cidadania subintegrada é a cidadania que incorpora a igualdade de direito, e constantemente os cidadãos têm seus direitos mais fundamentais violados para grupos de cidadãos sobreintegrados, tais como direito à saúde, educação, privacidade, abordagem policial, direitos esses que são formalmente assegurados pela constituição.

Uma reflexão é que se essas pessoas são chamadas de cidadãos subintegrados aos sistemas, isto significa dizer que eles estão no sistema, e portanto se integram ao sistema sobretudo por estruturas punitivas do estado, como por exemplo a criminalização da pobreza. Ou seja, determinadas pessoas que detém a cidadania subintegrada, integram a sociedade no âmbito jurídico, não pelo exercício de direitos, mas, por uma ordem jurídica punitiva, e são cobrados apenas pelos seus deveres olvidando-se dos seus direitos.

Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade, os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Sendo a Constituição a estrutura normativa mais abrangente nas dimensões temporal, social e material do direito, isso vale para todo o sistema jurídico: aqueles que pertencem às camadas sociais "marginalizadas" são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores, capazes também de usufruir dos benefícios da norma.

Porém, é no campo constitucional que o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das camadas socialmente subalternas, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do "aparelho estatal", isso significa dizer das ações violentas ilegais da polícia.

Ressalva-se, entretanto, que evidentemente, a situação inverte-se no âmbito da justiça

do trabalho, mas, para o "subcidadão" trata-se, nesse caso, de uma luta por bagatelas.

A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações a partir da reprodução do direito.

Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas, não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. (NEVES:2006,253)

Significa dizer que entende-se por cidadania sobreintegrada um grupo de cidadãos que constantemente manipulam esses direitos fundamentais de forma estratégica, se beneficiando e escapando das estruturas punitivas do estado e seus deveres por meio de mecanismos como fraude, sonegação, etecetera. Os direitos fundamentais são mecanismos de proveito próprio, enquanto grande parte da população, em seu cotidiano não gozam desses direitos. Capturam o estado de forma a patrimonializá-lo e privatizá-lo utilizando-o como mecanismo de proveito próprio para satisfação de interesses individualizados.

Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir o vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas, antes, como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais.

Portanto, caso se pretenda insistir no termo "exclusão", não apenas o subintegrado estaria "excluído", mas também o sobreintegrado: este estaria "acima" do direito, aquele, "abaixo".

No âmbito da sociedade mundial supercomplexa do presente, ninguém é absolutamente subintegrado ou sobreintegrado, pois, as posições correspondentes não se baseiam em princípios ou normas firmes como nas sociedades pré-modernas. Eventualmente, o subcidadão pode ser um sobreintegrado, ofendendo, com expectativas seguras de impunidade, os direitos de outros e, vice-versa, o, sobrecidadão pode encontrar-se excepcionalmente como súbintegrado, especialmente quando sofre a ofensa impune de agentes estatais.

Além do mais, não se pode excluir uma esfera pública *restrita* de cidadãos, que se encontram regularmente em situações de integração simétrica na ordem jurídica, no entanto, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração, fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre

política e direito.

Esta mecânica tem efeitos alopoiéticos, especialmente com relação à esfera jurídica. De fato, a diferenciação funcional e a auto-referência sistêmica implicam a inclusão generalizada da população nos diversos subsistemas da sociedade.

Também em perspectiva diversa do modelo de subintegração e sobreintegração, partindo primariamente da dependência. deveres, responsabilidades etecetera, e não do acesso direitos, ações etecetera, como dois aspectos do conceito de inclusão, Luhmann faz distinção, em sua obra tardia, entre "setor de inclusão", no qual "os homens contam como pessoas" e "setor de exclusão", no qual "os homens não são mais percebidos como pessoas, mas sim como corpos", sustentando que o primeiro seria menos integrado e o segundo superintegrado; nos termos dessa formulação, a integração é compreendida "como redução dos graus de liberdade de subsistemas" ou "como limitação dos graus de liberdade para seleções". (NEVES:2006,252-253)

Segundo Marcelo Neves, subintegração e sobreintegração implicam a insuficiente inclusão, seja, respectivamente, por falta de acesso, de integração positiva, ou de dependência, de integração negativa, constituindo posições hierárquicas facticamente condicionadas e não classificações baseadas em princípio, a saber, o fato de ser integrado nos sistemas funcionais "por baixo" ou "por cima". (NEVES:2006,253)

Em ambas as direções, para "baixo" ou para "cima", trata-se de limitação e unilateralidade na capacidade de imputação dos sistemas sociais em suas referências a pessoas.

No âmbito do direito, isso significa que os sobreintegrados têm acesso aos direitos e, portanto, às vias e garantias jurídicas, sem se vincularem efetivamente aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico; os subintegrados, ao contrário, não dispõem de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas, embora permaneçam rigorosamente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas, restritivas de liberdade.

Daí por que tanto os subcidadãos quanto os sobrecidadãos são carentes de cidadania que, como mecanismo político-jurídico de inclusão social, pressupõe igualdade não apenas em relação aos direitos, mas, também, a respeito dos deveres, envolvendo uma relação sinalagmática de direitos e deveres fundamentais generalizados.

Neste sentido, considera o autor que a rigidez legalista, parcial e discriminatória, contraria a própria legalidade, que implica a generalização de conteúdos e procedimentos da ordem jurídica em termos isonômicos. (NEVES:2006,255)

De outro lado, a relação entre direito e realidade social no Brasil tem sido marcada pela impunidade. Com freqüência, observa-se que ilícitos os mais diversos, principalmente na área criminal, não são seguidos das sanções preestabelecidas juridicamente.

Seria possível afirmar se que a impunidade sistemática estaria em contradição com o legalismo, em uma análise mais cuidadosa, porém, verifica-se que essa contradição é apenas aparente.

Enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados, a impunidade está vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente. Estes podem orientar suas expectativas e conduzir suas ações contando com a grande probabilidade de que não serão punidos em caso de transgressões à ordem jurídica. A conexão entre legalismo e impunidade obstaculiza a estruturação de uma esfera pública de legalidade e, portanto, a realização do Estado Democrático de Direito.

4.5 Lava jato: Um ponto crítico para a teoria de Marcelo Neves

Enquanto a teoria de Marcelo Neves articula seus fundamentos na impunidade vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente em detrimento dos subintegrados, a operação investigativa chamada de “Lava Jato” atualmente sendo realizada no Brasil, contraria os argumentos da teoria de Marcelo Neves.

No primeiro período das investigações, ocorrido a partir de março de 2014, através da Justiça Federal, em Curitiba, quartro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio, foram investigadas e processadas.

A partir de então o Ministério Público Federal conseguiu provas de um enorme esquema criminoso que envolvera a Petrobrás há pelo menos 10 anos. O esquema consistia em grandes empreiteira organizadas de cartel, pagando propina a altos executivos da estatal e a outros agentes públicos. O montante pago girava em torno de 1% a 5% do total dos contratos bilionários e superfaturados. Os operadores financeiros do esquema, incluindo os doleiros investigados eram quem distribuiam a propina.

Em suma, de acordo com os dados atualizados até o dia 19 de dezembro de 2016, colhidos do site do Ministério Público Federal, encontra-se o seguinte cenário para os casos funcionando em sede de 1ª instância:

1.434 procedimentos instaurados, 730 buscas e apreensões, 197 conduções coercitivas, 79 prisões preventivas, 103 prisões temporárias e 6 prisões em flagrante, 120 pedidos de

cooperação internacional, sendo 98 pedidos ativos para 31 países, 71 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas, 7 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta, 56 acusações criminais contra 259 pessoas (sem repetição de nome), sendo que em 24 já houve sentença, pelos seguites crimes: corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros. 7 acusações de improbidade administrativa contra 38 pessoas físicas e 16 empresas pedindo o pagamento de R$ 12,5 bilhoes. Valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas): R$ 38,1 bilhões. Os crimes já denunciados envolvem pagamento de propina de cerca de R$ 6,4 bilhões R$ 10,1 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R$ 756,9 milhões objeto de repatriação R$ 3,2 bilhoes em bens dos réus já bloqueados. Até o momento são 120 condenações, contabilizando 1257 anos, 2 meses e 1 dia de pena. (Site: MPF: 1ª Instância)

Os resultados são ainda mais expressivos quando da apreciação de envolvidos pelo STF. Tudo começou quando o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, pediu para abrir 28 inquéritos no STF. O maior dele tratava do esquema de pagamento de propina a agentes públicos que eram responsáveis pela indigação de integrantes de 3 diretorias da Petrobrás.

O PGR desde então pretende investigar a participação de pessoas que gozam de privilégios em razão da prerrogativa de foro. Ou seja, a atuação da PGR na Lava Jato se deu pelo envolvimento de pessoas que gozam de prerrogativa de foro e que foram citadas nos depoimentos do ex-diretor de abastecimento da Petrobrás, Paulo Roberto Costa e do operador financeiro Alberto Youssef.

Diante deste cenário corruptivo, se fossemos nos ater a teoria de Marcelo Neves, seria inconcebível a operação lava jato no Brasil, pois, para o autor as classes mais favorecidas não seriam capazes de serem punidas e sofrerem sações que, em regra, são sofridas pelos menos favorecidos.

E dados de realidade revelam que no Brasil, um raio vivido de amor e de esperança à terra desce, pois, através da operação lava jato, mostrou-se possível o processamento e julgamento daqueles que não só são economicamente favorecidos, como gozam de prerrogativa de função, o que lhe atribuiria melhores condições de julgamento. Alguns, inclusive, já tendo perdido tal prerrogativa para julgamento em primeira instância.

Quanto aos resultados da operação lava jato no STF temos os seguintes números atualizados até o dia 22 de setembro de 2016: 1.337 Manifestações, 162 busca e apreensões,

147 quebras de sigilo fiscal, 168 quebras de sigilo bancário, 121 quebras de sigilo telefônico, 3 quebras de sigilo telemático, 2 quebras de sigilo de dados, 16 sequestros de bens, 4 5sequestro de valores, 81 inquéritos com 364 investigados entre pessoas físicas e jurídicas, 14 denúncias em 18 inquéritos com 48 acusados, 3 ações penais, 41 acordos de colaboração premiada homologados perante o STF R$ 79 milhões repatriados. (Site: MPF, STF)

Michel Miaille (1994,75) acevera a importancia de instancias autônomas de forma a não reduzir a sociedade à mecanismos automáticos, pois é necessário explicar, construir uma representação intelectual da realidade, capaz de dar conta da complexidade efetiva desta realidade.

E para encerrar este breve estudo, ficamos com o pensamento de (MACPHERSON:1979,19-20)

> "A hipótese de que um escritor foi coerente dentro dos limites de sua visão é útil, menos como um mode de solucinar incoerências do que como um inciador da direção e dos limites de visão desse pensador, as quais podem então ser estabelecidas por outras provas"

Em outras palavras, não pretende-se buscar a solução de quaisquer maselas sociais, mas se conseguirmos contribuir para o desemvolvimento do pensamento e do conhecimento, já teremos cumprido a missão acadêmica.

5. CONCLUSÃO

Ainda que brevemente, o presente estudo procurou trazer os pricipais tópicos da teoria de Marcelo Neves em sua análise dos países que compões a chamada modernidade periférica e a forma de funcionamento do Estado Democrático de Direito.

As teorias de Luhmann e Habermas foram estudadas e contrapostas aos critérios de autorreferencia dos países de modernidade periférica, especialmente o Brasil. Marcelo Neves conclui pela inaplicabilidade das teorias Luhmanniana e Habermasianas e propõe nova teoria para explicar o processo de impunidade de pessoas que integram as camadas mais favorecidas da sociedade, que ele chamou de sobreintegrados, vez que a impunidade estaria vinculada ao mundo de privilégios.

O autor, nessas circunstâncias, considera que a cultura dominante é a da ilegalidade. Por conseguinte, cabe antes falar da legalidade como uma alternativa. O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores.

A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar

a desprivatização do Estado e a superação de relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar conseqüentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania.

De fato, o problema vai muito além das variáveis político-jurídicas; assenta-se em pressupostos sociais os mais abrangentes e, por fim, é dependente de condições determinadas pela sociedade mundial.

Em todo caso, sua solução não redunda na procura de alternativas à legalidade, pois, esta - entendida como modelo geral e efetivo de estruturação das ações e comunicações jurídicas e políticas - ainda não é dominante no Brasil (por falta de generalidade da lei em relação à prática dos agentes estatais, indivíduos e organizações). Mas poderia, ao contrário, afirmar-se que a legalidade (efetiva, a saber, dependente da concretização de uma ordem constitucional democrática) constitui uma alternativa para a cultura dominante da ilegalidade; com efeito, uma alternativa cuja consecução no contexto brasileiro exigiria e implicaria uma transformação social no plano estrutural.

Prefere-se, neste contexto, considerar a operação com olhar otimista, talvez a Lava Jato seja o início da redemocratização e aplicação das leis para todos, sem distinção, de modo que possa deixar de existir, ou ao menos reduzir os subentegrados e os sobrentegrados.

6. REFERÊNCIAS

MACPHERSON. C. B. **A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1979.

MIAILLE. Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Ed. Estampa. 1994.

NAUD. A. J. E LOPES JR, D. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

NEVES. Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil: O Estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

HABERMAS. Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade II**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 1997.

Site MPF, 1ª instância: Disponível em: http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-

instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1 Acesso em: 26/01/2017.

Site MPF, STF: Disponível em: http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf Acesso em: 26/01/2017.