*Em Torno das Divergências e Complementariedades entre os Modelos Luhmanniano e Habermasiano de Interpretação da Modernidade e do Estado de Direito: Por uma Releitura Teórica com Referência Empírica à Realidade Brasileira.**

Marcelo Neves**

Sumário:

Introdução.
1. A concepção de modernidade em Luhmann e Habermas.
2. Autonomia do Direito e Estado de Direito.
3. Modernidade periférica como modernidade negativa.
4. O problema da falta de autonomia do Direito a partir da teoria sistêmica.
5. Instrumentalização sistêmica do Direito *versus* indisponibilidade do Direito e imparcialidade do Estado de Direito.
6. Relações de dependência e privatização do Estado *versus* autonomia privada e autonomia pública.
7. Subintegração e sobreintegração *versus* cidadania.
8. Legalismo e impunidade *versus* esfera pública de legalidade.

Referências Bibliográficas.

---

* Trabalho apresentado ao V Congresso Brasileiro de Filosofia, realizado em São Paulo, no período de 03 a 06 de setembro de 1995

** Marcelo Neves é Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife e Professor do Mestrado em Filosofia da UFPE.

Introdução.

A evolução social na direção da modernidade está estreitamente vinculada à construção do Estado de Direito. E, mais recentemente, tanto na sociologia jurídica e na teoria do Direito, quanto na filosofia jurídica e social, vem-se destacando a concepção de que o Estado de Direito como "procedimento" é indissociável da autonomia do sistema jurídico. Entretanto, essa relação tem sido lida a partir de pressupostos teóricos os mais diversos. É assim que a questão da autonomia do Direito é tratada com relevância tanto na perspectiva sistêmico-funcional de Niklas Luhmann quanto na teoria do discurso de Jürgen Habermas.

No tocante ao quadro teórico da presente comunicação, procurarei esboçar as relações de divergências e complementariedades entre a concepção luhmanniana e a habermasiana da autonomia do Direito como característica da modernidade, para propor uma interpretação do Estado de Direito que compatibilize as noções de autonomia sistêmica e de autonomia fundada ético-procedimentalmente.

Com relação à referência empírica, pretendo abordar a questão da insuficiente realização do Estado de Direito na "modernidade periférica", especialmente no Brasil, a partir da análise do problema da falta de autonomia do Direito, seja esta sistêmico-funcional ou ético-procedimental.

No plano da interpretação teórica dos dois autores estudados, parto da hipótese de que as concepções de autonomia do Direito e de Estado de Direito, tal como elaboradas e desenvolvidas por Niklas Luhmann e Jürgen Habermas, apesar das divergências quanto aos pressupostos teóricos, complementam-se para uma compreensão da realidade jurídico-política do Ocidente desenvolvido. Proponho, portanto, uma releitura.

No plano da referência empírica, trabalho com a hipótese de que, sem uma reavaliação sensível às nossas

peculiaridades, essas concepções não são transponíveis à realidade jurídico-política brasileira. Aqui , apesar da complexificação da sociedade e da desagregação da moral convencional pré-moderna, não se constituiu autonomia sistêmica nem ético-procedimental do Direito e, portanto, não se realizou o Estado de Direito.

1. A concepção de modernidade em Luhmann e Habermas.

De acordo com a teoria dos sistemas, a sociedade moderna resultaria da hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional das esferas do agir e do vivenciar. Implicaria, portanto, o desaparecimento de uma moral conteúdo hierárquico, válida para todas as conexões de comunicação, e o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos, reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados pelos seus meios ambientes respectivos (cf. sobretudo *Luhmann*, 1987b). Além do mais, haveria uma amoralização social, tendo em vista que o código moral 'respeito/desprezo' se reproduziria difusa e fragmentariamente, não se construindo a partir dele generalização congruente de expectativas (cf. *Luhmann*, 1990d).

Conforme a concepção ético-procedimental proposta por Habermas, a modernidade resultaria da evolução da consciência moral no sentido da superação das estruturas pré-convencionais e convencionais e o advento de uma moral pós-convencional (cf. *Habermas*, 1982a: esp. 12ss.). Isso significa uma clara diferenciação entre sistema e "mundo da vida"[1], aquele como espaço de intermediação do "agir-racional-com-respeito-a-fins" (instrumental e estratégico), este enquanto horizonte do "agir comunicativo", orientado na busca do entendimento

[1] Tal diferenciação vai ser definida por *Habermas*, 1982bII:229ss., como processo de evolução social.

intersubjetivo[2]. Nessa perspectiva, a modernidade exigiria positivamente a construção de uma "esfera pública" [*Öffentlichkeit*], *topos* democrático discursivamente autônomo com relação aos "meios" [Medien] sistêmicos 'poder' e 'dinheiro'.

Porém, apesar da contraposição do amoralismo luhmanniano à fundamentação ética de Habermas, ambas as concepções da modernidade aproximam-se, na medida em que se referem à superação da moral tradicional contenudística e hierárquica. Pode-se afirmar que Luhmann procura enfatizar empiricamente o dissenso em torno de conteúdos morais na modernidade. Habermas discute a construção do consenso mediante procedimentos com potencialidade normativa universal como característica da modernidade, sem desconhecer a diversidade de conteúdos valorativos. Parece-nos, porém, que, antes de orientar-se à construção do consenso, os "procedimentos" servem, ética e funcionalmente, à intermediação do dissenso contenudístico. De acordo com essa releitura da relação entre esses dois paradigmas teóricos, a modernidade, em face da diversidade grupal e individual em torno de conteúdos morais e valorativos, implica a exigência

[2] A respeito, v., em diferentes fases de desenvolvimento da "teoria do agir comunicativo", *Habermas*, 1969:62-65 (tr. br., 1980:320-22), 1973:9ss., 1982bI:esp. 384ss., 1982bII:182ss., 1986, 1988a:68ss. Quando me refiro ao sistema como espaço de intermediação do agir-racional-com-respeito-a-fins, não desconheço que, no modelo habermasiano, o plano sistêmico e a esfera da ação distinguem-se claramente, tendo um sentido figurado a noção de racionalidade sistêmica: "Mudanças do estado de um sistema auto-regulado podem ser compreendidas como quase-ações, *como se* nelas a capacidade de ação de um sujeito se manifestasse" (*Habermas*, 1982a:261). Mas é inegável que, na obra de Habermas, a noção de sistema está vinculada estreitamente à racionalidade-com-respeito-a-fins e, portanto, aos conceitos de agir instrumental e estratégico (cf., p. ex., 1969:63-65, 1982a:261, 1986:578s.), enquanto a concepção de "mundo da vida" associa-se intimamente à de agir comunicativo (cf., p. ex., 1982bII:esp. 182, 1986:esp. 593).

funcional e a imposição ética da absorção do dissenso cotenudístico através do consenso procedimental.

2. Autonomia do Direito e Estado de Direito.

A questão da autonomia do Direito vem sendo tratada de forma mais radical pela teoria sistêmica. Nessa perspectiva, a positividade do direito é definida como "autodeterminidade" do Direito, ou seja, autonomia operacional do sistema jurídico em relação às determinações do seu "meio ambiente" (*Luhmann*, 1988a, 1983b, 1985, 1981:419ss., 1993:esp. 38ss.; cf. *Neves*, 1992a:34ss.). Reconstrói-se, então, o conceito de "autopoiese", originário da teoria biológica (cf. *Maturana* e *Varela*, 1980:73ss., 1987: esp. 55-60; *Maturana*, 1982:esp. 141s., 157ss., 279s.)[3], e afirma-se que o Direito positivo (moderno) reproduz-se primariamente de acordo com os seus próprios critérios e código de preferência (lícito/ilícito) (*Luhmann*, 1986, 1993:165ss.). Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, (quase) privação de meio ambiente (*Luhmann*, 1983a:69; *Teubner*, 1982: 20). O Direito é visto como "um sistema *normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto*" (*Luhmann*, 1983b:139). Ao mesmo tempo em que o Direito positivo fatorializaria a auto-referência através de conceitos, ele construiria sua heterorreferência através da assimilação de interesses (*Luhmann*, 1990a:10; cf. *idem*, 1993:393ss.). O fechamento auto-referencial, a normatividade para o sistema jurídico, não constituiria finalidade em si do sistema, antes seria condição de abertura (*Luhmann*, 1993:76, 1987b:606).

Nesse contexto, o sistema jurídico assimila seletivamente, de acordo com os seus próprios critérios, os

[3] Quanto à reconstrução sociológica, v. sobretudo *Luhmann*, 1987b; *Teubner* e *Febrajo* (orgs.), 1992; *Haferkamp* e *Schmid* (orgs.), 1987; Baecker *et al.* (orgs.), 1987:esp. 394ss. Numa perspectiva mais abrangente sobre a teoria sistêmica de Luhmann, *Krawietz* e *Welker* (orgs.), 1992. Para a leitura crítica a partir da teoria do discurso, *Habermas*, 1992:573ss., 1988b:426ss., 1988a:30s.

fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas (cf. *Luhmann*, 1990c: 593s. e 663s., 1985:17), eis que depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico[4].

Especialmente nesse ponto, emergem as divergências entre a teoria luhmanniana da positividade e a concepção ético-procedimental do Direito proposta por Habermas. Para Luhmann, à positividade do direito é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do Direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos "donos do poder", mas também a neutralização moral do sistema jurídico. Habermas reconhece que as fronteiras entre Direito e Moral existem, considerando que a racionalidade procedimental do discurso moral não regulado juridicamente é incompleta, eis que inexiste um *terceiro* [*Unbeteiligte*] encarregado de decidir as questões entre as partes (*Habermas*, 1992: 565). Mas, embora não negue a autonomia do sistema jurídico, atribui-lhe uma fundamentação ética: "Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si sozinho. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantem formação imparcial de julgamento e vontade, e, por esse caminho, proporcionam a uma racionalidade ético-procedimental ingresso igualmente no Direito e na Política. Não há autonomia do Direito sem democracia real" (*Habermas*, 1987:16; argumentando a respeito, v. também 1992:esp. 571ss.). Nesse sentido, sustenta que a positivação não significa eliminação da problemática da

4 "Desenvolvimentos externos" - enfatiza *Teubner* (1982:21) - "não são, por um lado, ignorados, nem, por outro lado, convertidos diretamente, conforme o esquema 'estímulo-resposta', em efeitos internos". Nesse sentido, adverte o mesmo autor: "Autonomia do Direito refere-se à circularidade de sua auto-reprodução e não à sua independência causal do meio ambiente" (1989: 47).

fundamentação, mas o deslocamento de problemas de fundamentação (*Habermas*, 1982bII:359).

Entretanto, embora haja concepções teóricas diferenciadas da autonomia do Direito, uma de caráter ético-procedimental, outra de base sistêmico-funcional, não só Habermas vincula a presença dessa autonomia à realização do Estado de Direito democrático. Na perspectiva sistêmica, dá-se ênfase à não sobreposição dos códigos de preferência do poder e da economia ao código de preferência do Direito (lícito/ilícito), sustentando-se que este é o segundo código do sistema político (*Luhmann*, 1986:199, 1988b:34, 48ss., 56) e que a "Constituição enquanto conquista evolucionária" atua como mecanismo de autonomia operacional do Direito (*Luhmann*, 1990b:esp.187). E, por fim, partindo-se de que desapareceu a moral tradicional de conteúdo hierárquico, partilhada generalizadamente na "comunidade", argumenta-se que o pluralismo democrático no sistema político é pressuposto da positivação do Direito (cf. *Luhmann*, 1981:147, 1983a:151-54, 1987a:247ss.; *Neves*,1992a:33). Em Habermas (1992:571ss.), a autonomia do Direito, inerente ao Estado de Direito, embora também possa ser vista como uma autonomia em relação aos meios [*Medien*] 'poder' e 'dinheiro', resulta da presença de procedimentos políticos com fundamentação ético-discursiva. Isso implica autonomia privada em conexão com autonomia pública, ou seja, "direitos humanos" e "soberania do povo" pressupondo-se reciprocamente (1992:111ss.).

Em ambos os modelos, a positividade como autonomia do Direito só é concebível com o desaparecimento de uma moral cotenudística e hierárquica (cf. *Luhmann*, 1981:esp. 118ss., 1987a:esp. 190ss.; *Habermas*, 1982b:350ss., 1992:582s.). Diante da pluralidade reconhecida de valores, Habermas interpreta a racionalidade ético-procedimental do Estado de Direito Democrático como forma de construção do consenso na esfera pública, imprescindível à indisponibilidade do Direito. Em face da diversidade de expectativas, interesses e valores da sociedade

moderna, Luhmann interpreta os procedimentos eleitoral, legislativo e judicial do estado de Direito como mecanismos funcionais de seleção, filtragem e imunização das influências contraditórias do meio-ambiente sobre os sistemas político e jurídico. Entretanto, o dissenso contenudístico em face de valores e interesses torna os procedimento democráticos do Estado de Direito, que implicam o princípio da legalidade, não só uma exigência sistêmico-funcional, como também uma imposição ética da sociedade moderna. Por um lado, tais procedimentos não podem legitimar-se sem uma esfera pública pluralística que lhe dê fundamentação moral. Por outro lado, a inserção da discussão pública no Direito é impossível sem a estruturação "sistêmico-legal" dos mesmos. Por fim, cabe observar que os procedimentos do Estado de Direito não servem, geralmente, à construção do consenso jurídico-político em torno de valores e interesses. É o consenso em relação àqueles que possibilita a convivência do dissenso político e jurídico sobre estes no Estado de Direito Democrático. Isso porque é no âmbito deste que se constrói um espaço público de legalidade, cujos procedimentos estão abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos, admitindo inclusive os argumentos e as opiniões minoritárias como probabilidades de transformação de *conteúdo* da ordem jurídico-política, desde que respeitadas e mantidas as "regras" *procedimentais* "do jogo". Intermediando consenso quanto ao procedimento e dissenso com relação ao conteúdo, o Estado de Direito Democrático viabiliza o respeito recíproco às diferenças no campo jurídico-político da sociedade supercomplexa contemporânea.

3. Modernidade periférica como modernidade negativa.

Sem cair nas simplificações ideológicas das teorias de exploração dos anos 60 e 70 em torno da distinção entre "centro" e "periferia" da sociedade global moderna, nem desconhecer que se trata aproximativamente de conceitos típico-

ideais no sentido weberiano, introduzi em trabalho anterior o conceito de modernidade periférica (cf. *Neves*, 1992a:esp. 72ss.). Não cabe nessa oportunidade retomar a discussão do valor teórico de tal noção. Pretendo aqui caracterizar a modernidade periférica como "modernidade negativa", partindo tanto da perspectiva sistêmica quanto do modelo com pretensão ético-procedimental.

Tendo como referencial o modelo luhmanniano (v. acima item 2), é possível uma releitura no sentido de afirmar que, na modernidade periférica, à hipercomplexificação social e à superação do "moralismo" fundamentador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *topos* específico. Isto nos põe diante de uma complexidade desestruturada e desestruturante. Daí resultam problemas sociais bem mais complicados do que aqueles que caracterizam os países da "modernidade central". As relações entre os "campos" de ação assumem formas autodestrutivas e heterodestrutivas, com todas as suas conseqüências bem conhecidas entre nós. Portanto, a modernidade não se constrói positivamente, como superação da tradição através do surgimento de sistemas autônomos de ação, mas apenas negativamente, como hipercomplexificação desagregadora do moralismo hierárquico tradicional.

Já a concepção habermasiana da moral pós-convencional tem uma pretensão "normativa", que, embora encontre indícios na "modernidade central", não parece encontrar o mínimo de fundamento nas relações sociais da modernidade periférica. Aqui, a modernidade constrói-se negativamente como desagregação da consciência moral convencional (e inclusive da pré-convencional), sem que daí resulte a estruturação da consciência moral pós-convencional e, muito menos, a autonomia de uma "esfera pública".

Tendo em vista que a experiência jurídico-política do Brasil enquadra-se no conceito típico de modernidade periférica, a exposição que se segue sobre a insuficiente autonomia do

Direito e deficiente realização do Estado de Direito tem como referência empírica o caso brasileiro.

4. O problema da falta de autonomia do Direito a partir da teoria sistêmica.

Em estudo anterior (*Neves*, 1992a), já observei que é intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica, destacadamente no Brasil. As sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico. Em vez de autopoiese, caberia falar de alopoiese do Direito (*Neves*, 1992b, 1992a:esp. 81ss. e 182ss., 1991: 163s). Isso significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político, como também daquilo que os alemães denominam de "boas relações". O intrincamento do(s) código(s) jurídico(s) com outros códigos sociais atua autodestrutivamente e heterodestrutivamente. O problema não reside, primariamente, na falta de abertura congnitiva (heterorreferência ou adaptação), mas sim no insuficiente fechamento operacional (auto-referência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico. Se tal identidade pode ser vista, eventualmente, no plano da estrutura dos textos normativos, ela é destruída gradativamente durante o processo de concretização jurídica[5]. Assim sendo, não se constrói, em ampla medida, congruente generalização de expectativas normativas a partir dos textos constitucionais e

[5] O conceito kelseniano de autoprodução do Direito (*Kelsen*, 1960:esp. 73, 228 e 283 - tr. br., 1974:110, 309 e 377) permanece no nível estrutural hierárquico do ordenamento normativo-jurídico. Portanto, ao contrário do que propõe *Ost* (1986:141-44), não cabe vinculá-lo ao paradigma autopoiético, que se refere primariamente ao nível operacional e à circularidade da reprodução do Direito. Daí porque o primeiro pode ser abstratamente transportado a diferentes Estados, enquanto o segundo exige certas condições sociais concretas.

legais. Daí resulta que a própria distinção entre lícito e ilícito é socialmente obnubilada, seja por falta de institucionalização (consenso) ou de identificação do sentido das normas[6]. A conseqüência mais grave é a insegurança destrutiva nas relações de conflitos de interesses.

Não se desconhece aqui que a concepção de autonomia do Direito na teoria sistêmica, tal como radicalizada através do conceito de autopoiese, é discutível também no âmbito da "modernidade central". Entretanto, os críticos da noção de autopoiese no âmbito europeu ocidental e norte-americano tratam-na como ilusão ideológica. Na modernidade periférica, o problema da falta de autonomia do Direito, a sobreposição de "poder" e "dinheiro" ao Direito, é desnuda. Isso nos põe diante do problema discursivo teorético da relação entre instrumentalidade sistêmica e indisponibilidade do Direito.

5. Instrumentalização sistêmica do Direito *versus* indisponibilidade do Direito e imparcialidade do Estado de Direito.

No que diz respeito à teoria ético-procedimental, já observei (ver item 2) que a desagregação da moral pré-convencional primitiva e convencional pré-moderna não conduziu, na modernidade periférica, à construção e ao desenvolvimento da consciência moral pós-convencional. Daí porque a fundamentação moral da imparcialidade do Estado de Direito e da indisponibilidade do Direito, em contraposição à sua instrumentalidade sistêmica (*Habermas*, 1992: 583ss., 1987), não encontra espaço nas relações intersubjetivas em torno do Direito. A tendência é a instrumentalização política do Direito, seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas,

[6] A institucionalização e a identificação de sentido, além da normatização, são definidas por *Luhmann*, 1987a:94ss., como mecanismos de generalização do Direito.

principalmente durante os períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa. Nesse contexto, a autonomia privada ("direitos humanos") e a autonomia pública ("soberania popular"), embora, em regra, declaradas no texto constitucional, são rejeitadas mediante os mecanismos de desestruturação política do processo concretizador da Constituição.

O problema reside exatamente no fato de que, embora não esteja mais presente "o fundamento sacro do Direito" (*Habermas*, 1992:582s.), não se desenvolvem procedimentos políticos com base ético-discursiva. Não se pode afirmar, no contexto da modernidade periférica, que "aquele momento de indisponibilidade, que também no Direito moderno constitui um contrapeso imprescindível para a instrumentalização política do Direito como meio [*Rechtsmediums*], deve-se ao entrelaçamento de política e Direito com moral" (*Habermas*, 1992:585). Prevalece a instrumentalização política (e econômica) do Direito, sem o contrapeso de sua indisponibilidade resultante de uma "racionalidade procedimental".

6. Relações de dependência e privatização do Estado *versus* autonomia privada e autonomia pública.

Nesse contexto de instrumentalização do sistema jurídico, não se desenvolvem os direitos humanos ("autonomia privada") e o princípio da soberania do povo ("autonomia pública"), que, inseparáveis, constituiriam "as idéias à luz das quais o Direito moderno" não apenas é justificado, mas também ganha a sua própria autonomia (cf. *Habermas*, 1992:esp. 129). Por um lado, as relações de dependência impossibilitam o desenvolvimento do indivíduo como sujeito reconhecido por outros sujeitos em um mundo de seres humanos juridicamente iguais; nas palavras de Habermas (1992:112), elas impedem a "conexão das liberdades subjetivas de ação com o reconhecimento intersubjetivo pelos membros da comunidade

jurídica [*Rechtsgenossen*]". Por outro lado, a privatização do Estado impossibilita a construção de uma esfera pública de legalidade na qual se desenvolveriam procedimentos democráticos de participação e controle dos atos estatais de produção e aplicação jurídica. O Estado atua principalmente como palco de realização de interesses particularistas ou de conflitos entre eles, à margem de textos constitucionais e legais de conteúdo democrático, cuja concretização possibilitaria a construção da cidadania.

O problema das relações de dependência e da privatização do Estado em contraposição, respectivamente, à "autonomia privada" (direitos humanos) e à "autonomia pública" (soberania do povo como procedimento) não deve ser interpretado, a meu ver, a partir de uma perspectiva estritamente antropológico-cultural. Ele é indissociável do próprio tipo de relações sociais em que se encontra envolvido o Estado na modernidade periférica, ultrapassando os limites de antropologias nacionais e correspondentes diferenças culturais. Sob esse ponto de vista, cabe considerar as relações de subintegração e sobreintegração no sistema jurídico.

7. Subintegração e sobreintegração *versus* cidadania.

Uma das variáveis mais problemáticas da dificuldade de construção da autonomia do sistema jurídico e, portanto, de realização do Estado de Direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil é a generalização de relações de subintegração e sobreintegração. Nesse caso, não se realiza inclusão como acesso e dependência simultâneos ao Direito positivo. A rigor, porém, não se trata de relações alopátricas de exclusão entre grupos humanos no espaço social (a respeito, v. *Neves*, 1994, 1992a: 94ss. e 155ss.)[7].

[7] Respondendo-me com posição diversa sobre a prevalência da diferença 'inclusão/exclusão', cf. *Luhmann*, 1993:582ss.

Do lado dos subintegrados, generalizam-se as relações concretas em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os subcidadãos não estão excluídos. Embora lhes faltem as 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. Os direitos fundamentais não desempenham qualquer papel relevante no horizonte do seu agir e vivenciar, sequer quanto à identificação do sentido das respectivas normas constitucionais. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos das liberdades. E isso vale para o sistema jurídico como um todo: os membros das camadas populares "marginalizadas" (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores. Porém, no campo constitucional, o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das classes populares, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal.

A subintegração das massas é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados, que, principalmente com apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do Direito. É verdade que os sobrecidadãos utilizam regularmente o texto constitucional democrático - em princípio, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para proteção da "ordem social". Tendencialmente, porém, a Constituição é posta de lado na medida em que impõe limites à sua esfera de ação política e econômica. Ela não atua, pois, como *horizonte* do agir e vivenciar jurídico-político dos "donos do poder", mas sim como

uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles.

O chamado princípio da não-identificação da Constituição (*Krüger*, 1966:178-85; *Hollerbach*, 1969:52-57), que se vincula estreitamente ao princípio da indisponibilidade do Direito e da imparcialidade do Estado de Direito (cf. *Habermas*, 1987, 1992:583ss.), está ausente no contexto das relações de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional (cf. *Neves*, 1992a: 53ss. e 95ss.). O agir e o vivenciar normativo do subcidadão e do sobrecidadão fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica. Nessas condições, a Constituição não atua como mecanismo de autonomia do Direito, sendo deformada durante o processo concretizador por força da sobreposição de injunções políticas particularistas e interesses econômicos concretos.

8. Legalismo e impunidade *versus* esfera pública de legalidade.

A relação entre o sistema jurídico e o seu contexto social no Brasil tem sido marcada, de um lado, por um fetichismo legal socialmente irresponsável. O legalismo não significa, nesse caso, autonomia operacional do Direito como condição de sua abertura à diversidade de expectativas e interesses presentes na sociedade. Implica antes um "autismo jurídico", insensível aos problemas sociais. Não se constrói, então, uma interpretação-aplicação que, sem negar a autonomia funcional do sistema jurídico, oriente-se nas conseqüências sociais das decisões jurídicas, ou seja, não se desenvolve um "*responsive law*" (*Nonet* e *Selznick*, 1978).

Não se deve confundir essa forma "autista" de legalismo com a presença rigorosa do princípio da legalidade. Este exige a generalização igualitária da lei. O fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de discriminação social. A interpretação legalista aplica-se,

normalmente, àqueles que não se encontram em condições de exercer os seus direitos, mesmo quando estes estão "garantidos" constitucional e legalmente. Trata-se de falta de acesso ao Direito e, portanto, de "subintegração" ao sistema jurídico. Em regra, tais indivíduos e grupos sociais subordinam-se rigidamente às imposições prescritivas, mas não têm acesso aos direitos. Portanto, a rigidez legalista, enquanto parcial e discriminatória, contraria a própria legalidade, que implica a generalização igualitária dos conteúdos jurídicos. Nessa perspectiva, pode-se também afirmar que o "autismo" jurídico, em tais condições, é apenas aparente, na medida em que a práxis nele envolvida é ressonante às discriminações sociais, fortificando-as.

De outro lado, a relação entre Direito e sociedade no Brasil tem sido marcada pela impunidade. Com freqüência, observa-se que ilícitos os mais diversos, especialmente na área criminal, não são seguidos das sanções preestabelecidas juridicamente. Tal situação poderia dar ensejo a uma interpretação no sentido de que se trata de "excesso de tolerância". Trata-se, porém, de permissividade jurídica e, portanto, ausência de tolerância. Esta implica reciprocidade no respeito às diferenças. No campo jurídico, isso significa direitos e deveres mutuamente partilhados. Na medida em que os direitos da vítima são desrespeitados de forma sistemática sem que haja a devida punição do agressor, desenvolve-se uma situação de ausência de tolerância decorrente da permissividade jurídica. E, a rigor, pode-se mesmo configurar um caso típico de intolerância do infrator contra o ofendido. Fundamental é que não se desenvolve na impunidade sistemática de grupos e indivíduos o respeito jurídico recíproco.

Seria possível afirmar-se que a impunidade sistemática estaria em contradição com o fetichismo legal. Mas essa contradição, numa análise mais cuidadosa, é apenas aparente. Enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados ("excluídos"), a impunidade está vinculada, em regra, ao mundo de privilégios dos

sobreintegrados juridicamente. Pode-se definir um indivíduo ou grupo como sobreintegrado em relação ao Direito, na medida em que se apresenta como titular de direitos, poderes e competências juridicamente preestabelecidas, mas não se subordina às disposições prescritivas de deveres e responsabilidades jurídicas. Não há o "absolutamente sobreintegrado". Porém, há indivíduos que se encontram, geralmente, no pólo privilegiado de relações de sobreintegração e subintegração. Daí porque podem orientar suas expectativas e conduzir suas ações contando com a grande probabilidade da sua impunidade.

Os privilégios da impunidade implicam a própria quebra da autonomia/identidade da esfera jurídica por bloqueios políticos particularistas, econômicos e "relacionais". Não se é condenado, com freqüência, porque se tem mais poder político e econômico, ou simplesmente "melhores relações" com os operadores jurídicos. Deixam-se de lado os critérios generalizados de valoração especificamente jurídica, em favor principalmente da prevalência de critérios do "poder" e do "ter".

Tal situação de permissividade jurídica, socialmente intermediada, atinge sistematicamente, com freqüência, determinados grupos da sociedade, importando escandalosa violação de "direitos" declarados constitucionalmente (é o caso, por exemplo, da chacina dos chamados "meninos de rua" e dos índios). De forma mais abrangente, pode-se afirmar: em regra, enquanto as vítimas dos atos impunes são os socialmente mais frágeis, os agentes ou responsáveis são indivíduos e grupos privilegiados, ou aqueles vinculados direta ou indiretamente aos seus interesses. Daí porque a impunidade sistemática é um fenômeno de discriminação social.

A conexão de legalismo e impunidade impede a estruturação de uma esfera pública de legalidade e, portanto, a realização do Estado de Direito. Este exige a concretização de procedimentos democráticos constitucionalmente garantidos que viabilizem uma integração jurídico-politicamente igualitária dos indivíduos e grupos à respectiva sociedade, implicando a

desprivatização do Estado e a construção da cidadania. Não é suficiente a previsão textual de procedimentos típicos do Estado de Direito: o judicial, baseado no *due process of law*; o legislativo-parlamentar, construído através da discussão livre entre oposição e situação; o eleitoral, mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder estatal. É imprescindível que eles não sejam deturpados impunemente no processo de concretização constitucional. Isso exige condições sociais que possibilitem, de maneira generalizada, a identificação de sentido e o consenso efetivos em torno dos mesmos.

Referências Bibliográficas.

BAECKER, Dirk *et al.* (orgs.) (1987). *Theorie als Passion: Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1969). "Technik und Wissenschaft als 'Ideologie' ", *in*: *idem*, *Technik und Wissenschaft als 'Ideologie'*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 48-103.

HABERMAS, Jürgen (1973). *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp

HABERMAS, Jürgen (1982a). *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, 3. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1982b). *Theorie des Kommunikativen Handelns*, 2. ed., Frankfurt am Main.: Suhrkamp., 2 vols.

HABERMAS, Jürgen (1986). "Erläuterungen zum Begriff des kommunikativen Handelns (1982)", *in*: *idem*, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 571-606.

HABERMAS, Jürgen (1987) "Wie ist Legitimität durch Legalität Möglich?", *in*: *Kritische Justiz* 20 (Baden-Baden: Nomos), pp.1-16.

HABERMAS, Jürgen (1988a). *Nachmetaphysisches Denken: Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1988b). *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HAFERKAMP, Hans e SCHMID, Michael (orgs.) (1987). *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HOLLERBACH, Alexander (1969). "Ideologie und Verfassung", in: Werner Maihofer (org.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt am Main: Klostermann, pp. 37-61.

KELSEN, Hans (1960). *Reine Rechtslehre*, 2. ed., Wien: Franz Deuticke (reimpressão inalterada - 1983).

KRAWIETZ, Werner e WELKER Michael (orgs.) (1992). *Kritik der Theorie sozialer Systeme: Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.

KRÜGER, Herbert (1966). *Allgemeine Staatslehre*, 2. ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer Verlag.

LUHMANN, Niklas (1981). *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1983a). *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1983b). "Die Einheit des Rechtssystems", *in*: *Rechtstheorie* 14 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 129-154.

LUHMANN, Niklas (1985). "Einige Probleme mit 'reflexivem Recht' ", *in*: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 1-18.

LUHMANN, Niklas (1986). "Die Codierung des Rechtssystems", *in*: *Rechtstheorie* 17 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 171-203.

LUHMANN, Niklas (1987a). *Rechtssoziologie*, 3. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag.

LUHMANN, Niklas (1987b). *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1988a). "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", *in*: *Rechtstheorie* 19 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 11-27.

LUHMANN, Niklas (1988b). *Macht*, 2.ed., Stuttgart: Enke.

LUHMANN, Niklas (1990a). "Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung", *in*: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 12, (Wien: Mainz), pp. 1-13.

LUHMANN, Niklas (1990b). "Verfassung als Evolutionäre Errungenschaft", *in*: *Rechtshistorisches Journal* 9 (Frankfurt am Main: Löwenklau, pp. 176-220.

LUHMANN, Niklas (1990c). *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1990d). *Paradigma löst: Über die ethische Reflexion der Moral: Rede anlässlich der Verleihung des Hegel - Preises 1989*, incluída a "Laudatio" de Robert Spaemann, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1993). *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

MATURANA, Humberto R. (1982). *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, trad. alemã de Wolfgang K. Köck, Braunschweig/Wiesbaden: Vieweg.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. (1980). *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. (1987). *Der Baum der Erkenntnis*,trad. alemã de Kurt Ludewig, 3. ed., Bern/München/Wien: Scherz.

NEVES, Marcelo (1991). "A Crise do Estado: Da Modernidade Central à Modernidade Periférica – Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão", *in*: *Anais do 16º. Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil* (10 a 14 de novembro de 1991), vol. 1, Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, pp. 157-172.

NEVES, Marcelo (1992a). *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot.

NEVES, Marcelo (1992b). "Da Autopoiese à Alopoiese do Direito", *in*: *Anuário do Mestrado em Direito*, nº 5 (Recife: Editora Universitária/UFPE), pp. 273-98.

NEVES, Marcelo (1994) "Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente", *in*:*DADOS–Revista de Ciências Sociais*, vol 37, n° 2 (Rio de Janeiro:Iuperj), pag. 253-276.

NONET, Philippe e SELZNICK, Philip (1978). *Law and Society in Transition*, New York: Harper & Row.

OST, François (1986). "Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigma autopoiétique appliqué au droit", *in*: *Archives de Philosophie du Droit* 33 (Paris: Sirey), pp. 133-162.

TEUBNER, Gunther (1982). "Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive", *in*: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68 (Wiesbaden: Steiner), pp. 13-59.

TEUBNER, Gunther (1989). *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

TEUBNER, Gunther / FEBBRAJO, Alberto (1992). "State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and autonomy in a new perspective" (*EYSL – European Yearbook in the Sociology of Law*, 91/92), Milano: Giuffrè.
Trad. bras. (1980): "Técnica e Ciência como Ideologia' ", *in*: Walter Benjamin *et al.*, *Textos Escolhidos*, São Paulo: Abril (col. Os Pensadores).
Trad. bras. (1980): *Legitimação pelo Procedimento*, Brasília: Editora Universidade de Brasília.

Trad. port. (1974): *Teoria Pura do Direito*, 3. ed., Coimbra: Arménio Amado.