VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

THAIS NOVAES CAVALCANTI

ALESSANDRA APARECIDA SOUZA DA SILVEIRA

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 constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alessandra Aparecida Souza da Silveira; Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Thais Novaes Cavalcanti – Florianópolis: CONPEDI, 2017.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-500-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

A presente publicação intitulada “Teoria Constitucional” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 8 de setembro de 2017, por ocasião do VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Braga, Portugal, nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

No supracitado Encontro, o referido GT apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT “Teorias da Democracia e Direitos Políticos” sob a coordenação da Professora Doutora Alessandra Aparecida Souza da Silveira (Universidade do Minho), dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB) e José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e da Professora Doutora Thais Novaes Cavalcanti (Universidade Católica de Salvador).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Assim, questões relevantes, a exemplo da “Teoria da Constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo”, entre outras, constituem a presente coletânea.

Assim, este Livro apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que convidam ao debate e acerca das constituições e, portanto, contribuem de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, o de levar à comunidade acadêmica e à sociedade em geral uma contribuição relativa à sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Profa. Dra. Alessandra Aparecida Souza da Silveira

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Thais Novaes Cavalcanti

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INTERCONSTITUCIONALIDADE. ATUALIZAÇÃO E PERSPECTIVAS (OU CONSTITUCIONALISMO GLOBAL. SENÃO PLENAMENTE POSSÍVEL, AO MENOS UM COMPROMISSO EM TORNO DO DISCURSO CONSENSUAL SOBRE DIREITOS UNIVERSAIS, COMO O COMBATE À CORRUPÇÃO)

INTERCONSTITUTIONALITY. UPDATING AND PERSPECTIVES (OR GLOBAL CONSTITUTIONALISM, IF NOT AT ALL POSSIBLE, AT LEAST A COMMITMENT AROUND THE CONSENSUS DISCOURSE ON UNIVERSAL RIGHTS, SUCH AS THE FIGHT AGAINST CORRUPTION).

Humberto Alves Coelho [1]
Marcelo José Das Neves [2]

Resumo

Assentada a teoria da Constituição na maturação democrática e em elementos clássicos de identificação de uma concepção de mundo moderno, como a separação dos poderes constituídos e o controle das leis, seus paradigmas, que outrora pretendiam transpor limites nacionais, mostram-se cada vez mais acinzentados, em razão da complexificação da sociedade contemporânea. Mas senão plenamente possível, a interconstitucionalidade pode se revelar ao menos eficiente compromisso em torno de um discurso consensual sobre direitos universais (artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), como, a exemplo, o combate à corrupção sistêmica.

Palavras-chave: Interconstitucionalidade, Crise, Limites, Senso comum. corrupção sistêmica

Abstract/Resumen/Résumé

Since the theory of the Constitution is based on democratic maturation and classical elements of identification of a conception of the modern world, such as the separation of constituted powers and the control of laws, its paradigms, which once sought to transcend national limits, are becoming more and more greyish, because of the complexity of contemporary society. But if not fully possible, the interconstitutionality may be the least efficient compromise around a consensual discourse on universal rights (Article 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789), such as combating systemic corruption, for example.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Interconstitutionality, Crisis, Limits, Common sense, Systemic corruption

---

[1] Mestrando em Direito e Políticas Públicas (UNIRIO). Bacharel em Direito e licenciado em História. Pós-graduado em Direito (EMERJ) e em Direito e Processo do Trabalho (EMATRA-RJ). Analista Judiciário do TRT-RJ

[2] Mestre em Direito (UCAM). Bacharel em Direito (UNIRIO). Graduado em Engenharia de Produção (UFRJ). Pós-graduado em Administração Pública (FGV/RJ). Analista Judiciário do TRT/RJ.

Introdução

"As nações todas são mistério, cada uma é todo o mundo a sós"[1].

Diante da crise generalizada que assola a comunidade global, a proximidade dos conceitos de nacionalidade e constitucionalismo, filhos legítimos da Era Moderna, que se mesclam como que formando um único corpo, unigênito, parece recobrar seu lugar na História. Dessa forma, impõem, por assim dizer, grandes desafios aos paradigmas que sustentam o ideário de interconstitucionalidade, à própria teoria constitucional. Se a magnitude do avanço humano no último período secular, assentada proeminentemente numa tecnologia que embora não ignore pelo menos redimensiona a relação espaço-tempo, inviabiliza o isolacionismo, o sentimento nacional de conformação de um mundo próprio, a sós, por outro lado, tampouco cauteriza o desejo de integrar uma única nação, planetária. E é nesse limbo pendular que o presente ensaio se permite balançar, apontando, entre vieses dicotômicos, áreas de consenso que possibilitem o desenvolvimento teórico e a melhoria das relações internacionais sobre temas de interesse comum e evolução universal. Como, a exemplo, o combate à corrupção. Senão plenamente possível, o constitucionalismo global ao menos possibilita um compromisso em torno do discurso consensual sobre alguns direitos universais.

1. O estado da arte. Uma breve retomada histórica do constitucionalismo. A definição epistemológica do problema. Hipótese e metodologia

Conquanto embrenhado e inebriado pela grande narrativa de pertencimento e nacionalidade, consubstanciada em meio a glórias e feitos históricos da primeira metade do milênio anterior[2], é possível admitir que a genialidade pessoana transpunha uma mensagem não apenas sobre o passado, mas em relação a seu próprio tempo. Como que uma alcântara, um olhar, uma ponte; enfim, uma passagem para o futuro. Se "cada uma [nação] é todo o mundo a sós", nota-se em Pessoa, homem do século XX e, portanto, contemporâneo, sabedor do potencial globalizante da humanidade, indisfarçável distanciamento do conceito de

---

[1]- PESSOA, Fernando. *D. Tareja. In Mensagem*.

[2]- Considerando suas especificidades, há certo consenso entre os constitucionalistas-historiadores de que Portugal, mesmo três séculos antes da paz westfaliana, quando estabelecidos elementos mínimos de constituição do Estado moderno, é reconhecido como exemplo do primeiro ente estatal "moderno". Vale lembrar que marcos históricos são antes cortes didáticos, epistemológicos, simbolismos de rupturas do tecido social, que propriamente divisões herméticas, na medida em que devem compor permanências e avanços que se sobrepõem num movimento tipicamente histórico. Não se pode perder de vista que o homem antigo não se tornou medieval da noite para o dia; que o homem não dormiu no Medievo e acordou na Modernidade etc. Relação curva espaço-tempo, bergsoniana, inerente à evolução humana, com claro reflexo na historicidade do constitucionalismo e nos *core problems* atuais de sua teoria.

interconstitucionalidade, de constitucionalidade global, de interculturalidade; do *multilevel constitutionalism*, dito noutras palavras.

Concebe-se, pois, um potencial conflituoso do paradigma teórico do constitucionalismo, passível de perene discussões e, consequentemente, de parâmetros revisionais. Conquanto assentado em elementos definidos, o arranjo constitucional possui características específicas vinculadas ao desenvolvimento cultural, político, social, jurídico etc. de cada povo. Não por outra razão, os blocos supranacionais mais exitosos baseiam sua prosperidade quase que essencialmente na economia. São antes, portanto, conglomerados meramente econômicos. E sob um viés de análise dos países que o integram e que deles se beneficiam, pouco diferem, diriam alguns cientistas políticos, dos ideais imperialistas de antanho. Decorrência da globalização que, no dizer de SILVA,

> "[...] trata-se de um poder designador de um processo de uniformização entre as nações e os povos, com a consequente transformação dos Estados em Super-Estados e Nações em Sociedades. Apresenta-se, assim, na figura de um processo avassalador nunca antes visto - em termo de velocidade dos acontecimentos -, na história da humanidade. As transformações impostas pelo processo de globalização são ferozes e ininterruptas. Daí, em virtude de suas características, surgirem as mais diversas consequências. Podendo ser apontadas consequências de ordem social e política. Quanto à primeira, a relação escravocrata contemporânea 'disfarçada na extinção gradual do instituto do emprego, na política de baixos salários, nas dificuldades intencionais em escala crescente do acesso à educação e do aperfeiçoamento profissional, na negação do acesso tecnológico etc.', pautada no vínculo explorador e explorado; e uma relação de inclusão e exclusão. Quanto à segunda, a figura impotente do Estado Soberano no exercício do seu poder político diante de um poder econômico global, numa situação de substituição da economia real pela economia financeira, como se funcionasse como um Estado virtual [...]" (2005, p. 396).

No mesmo sentido STIGLITZ (2003) e AMARTYA SEN (2001), ao se referirem aos malefícios da globalização. Se é verdade que nunca se produziu tanto no planeta, não menos verdade é que nunca se viu tamanha desigualdade social. Um *devir*, pois. Antigo contexto sócio-político requentado e matizado com as propriedades do presente, que retorna de forma reiterada, numa concepção potencialmente eterna do mesmo nietzschiano ou do diferente deleuzeano, fortalecendo ideias que, embora revestidas com ares de atualidade, trazem entranhada certa imutabilidade que insiste em desafiar o tempo. Ideias, que a história mostrou, de sobreposição econômica e pasteurização cultural em prejuízo dos países mais dependentes. Não há mistério. Tanto que a União Europeia, um dos blocos multinacionais mais antigos e estruturados do planeta, sofre grave crise, em que a solução pautada por muitos de seus componentes passa quase que inevitavelmente pelo discurso do esfarelamento, do

esfacelamento do conjunto. Clássicos exemplos são o pico da agonia econômica grega, assim como as disputas presidenciais na Holanda e na França, que levaram ao segundo turno candidatos de extrema direita pouco simpáticos à União. Num campo mais pragmático, podem ainda ser citados o levante da "geringonça" portuguesa e o "desembarque" do Reino Unido. Situações com lastro proeminentemente econômico, é bem verdade, mas potencializadas por aspectos sociais outros tão importantes quanto, como a pulverização invisível de ataques terroristas, a onda de movimentos de refugiados ou seja, daqueles que fogem de guerras e perseguições políticas, étnicas ou religiosas, sem esquecer dos migrantes econômicos. A emoldurar o quadro, a ascensão de Donald Trump[3].

Traçado de forma genérica o plano epistemológico, e definida a hipótese-problema a ser abordada, o presente trabalho utiliza-se basicamente de metodologia explanativa, abeirando-se dos temas condutores de forma mais aprofundada em itens individualizados. Após esta breve retomada histórica (item 1), pretende sobrevoar o constitucionalismo e mapear os elementos críticos da teoria constitucional (item 2 - Historicidade e *topos* da teoria da constituição e do constitucionalismo), para tentar conectá-los de maneira lógica e sistemática a algumas áreas de interesse global, como, a exemplo, o combate à corrupção sistêmica (item 3 - Constitucionalismo global; senão plenamente possível, ao menos um compromisso em torno do discurso consensual sobre o combate à corrupção sistêmica). No mais, e como objetivo principal (item 4 - Conclusão), almeja identificar e arrolar superfícies de contato entre as operações brasileira Lava-Jato e italiana Mãos Limpas, a pavimentar possíveis esferas de consenso global.

A atualidade e importância do objeto de estudo escolhido são evidenciadas pela histórica atuação das autoridades italianas nos anos 90 do século passado e sua inescondível influência nos caminhos que vêm sendo adotados no Brasil. Espera-se, dessa forma,

---

[3]- A recente saída dos Estados Unidos da América do Acordo de Paris é um importante sinal de dificuldade na formatação de uma base comum global, considerando, sobretudo, tratar-se o meio ambiente de tema bastante sensível à humanidade. O Acordo de Paris, realizado em 2015 e aprovado por 195 países integrantes da Convenção Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas, foi ajustado para reduzir emissões de gases de efeito estufa (GEE) no contexto do desenvolvimento sustentável. O compromisso ocorre no sentido de manter o aumento da temperatura média global em bem menos de 2°C acima dos níveis pré-industriais e de envidar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais. No caso do Brasil, após a aprovação pelo Congresso Nacional, foi concluído, em 12 de setembro de 2016, o processo de ratificação do Acordo de Paris. No dia 21 de setembro, o instrumento foi entregue às Nações Unidas. Com isso, as metas brasileiras deixaram de ser pretendidas e tornaram-se compromissos oficiais - NDC (Contribuições Nacionalmente Indentificadas). A NDC do Brasil compromete-se a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025, com uma contribuição indicativa subsequente de reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, em 2030. Para isso, o país se compromete a aumentar a participação de bioenergia sustentável na sua matriz energética para aproximadamente 18% até 2030, restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas, bem como alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética em 2030.

demonstrar que áreas de interesses comuns admitem uma concepção supranacional, senão absoluta, ao menos em torno de determinados ideais comunitários, valendo-se de troca de informações, experiências, *know-how*, evidenciando, enfim, um diálogo capaz de aproximar nações diferentes, unificando-as como se repensassem e representassem o mundo todo a sós.

2. Historicidade e *topos* da teoria da constituição e do constitucionalismo

O direito, enquanto fenômeno não apenas normativo, mas também cultural, insere-se no arcabouço das relações sociais, fazendo parte das engrenagens de poder que se perfazem em seu bojo. Sendo assim, é imperioso reconhecer que seu estudo carrega consigo um conteúdo que não pode ser tomado simplesmente como veículo de proposições lógicas neutras. O mito de que existiria uma antinomia entre saber e poder há muito não mais se sustenta. "O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber" (FOUCAULT: 2002, pp. 50/51). E modernamente, o seio mais denso dessa trama se encontra no campo teórico constitucional, que tem por germes os textos das Constituições norte-americana e francesa do século XVIII[4].

Quando se pergunta, pois, para que serve o direito, costuma-se afirmar sua função de ordenação da vida social, baseada na coordenação de interesses e reparação de injustiças. Causa certa espécie quando, após uma análise mais detida da realidade social, percebe-se que ao longo da história, o direito sempre tendeu a dar lugar a uma função regulatória e mantenedora de privilégios, de leis privadas. Afora qualquer discussão a respeito dos primórdios do constitucionalismo, como sistema de contenção e limitação de poder[5], é fato

---

[4]- Sieyès desenvolveu sua famosa concepção teórica, tendo identificado o Terceiro Estado com a nação e elaborado a diferença substancial entre os poderes constituinte e constituído (aquele incondicionado e permanente, representando a vontade da nação, de forma que apenas o direito natural poderia impor-lhe limites; enquanto o constituído tem sua existência e competências conferidas e delimitadas pelo constituinte). Substituiu, assim, a teoria rousseauniana da soberania popular pela noção de soberania nacional e pelo conceito de representação política. A Constituição norte-americana foi a primeira escrita da era moderna. Nascida como fato histórico, concluiu um processo revolucionário de emancipação, sem que tenha sido precedida de um debate mais profundo sobre o poder constituinte; a teorização mais elaborada veio à época do procedimento de sua ratificação, com os artigos dos federalistas (BARROSO: 2011, pp. 118/120). Já a Constituição Francesa surgiu num momento de deflagração do movimento revolucionário em 1791. Na França, Sieyès desenvolveu mais claramente a importante distinção entre poderes constituinte e constituído (SIEYÈS: 2007). O modelo norte-americano de Constituição assenta na ideia da limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita, demandando, para tanto, "a edição de uma 'bíblia política do Estado', condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares"; e sendo a Constituição uma "lei proeminente", o Poder Judiciário foi erguido ao papel de defensor dos direitos e liberdades nela elencados (CANOTILHO: 1999, pp. 55/56).

[5]- O poder constituinte, per se, existiria desde as primeiras organizações políticas, bastando para tanto um grupo social e um efetivo poder político, vez que nesse caso haveria sempre "uma força ou energia inicial que funda esse poder" (BARROSO: 2011, p. 117). A sua teorização é que foi melhor elaborada recentemente, tendo como

que desde a Antiguidade, a noção mesma de democracia se via limitada à participação de uma determinada parcela da população na tomada de decisões públicas, já que não eram todos considerados cidadãos da pólis. Mulheres e escravos, por exemplo, estavam excluídos desse grupo, de forma que seus direitos políticos viam-se desconsiderados. Tendo em vista que o senhor feudal concentrava em suas mãos o poder social e político, o direito no Medievo continuava a ser um mecanismo destinado à manutenção do *status quo* vigente. A organização estamental da sociedade obstava qualquer tentativa de reversão do quadro desigual. As bases modernas acabaram por acinzentar os meios de manobra popular, e contrapondo-se ao conceito de servidão, o povo em geral passou a ter a fantasiosa esperança de que podia movimentar-se na escala social.

O mais relevante é notar que, com o advento da Modernidade, sobreposta em pilares renascentistas e iluministas, o caráter instrumental do direito permaneceu intacto, assim como seu objetivo precípuo, a blindagem da classe dominante[6]. O que, obviamente, mantém-se na atualidade, em que, por exemplo, as 85 famílias mais ricas do planeta somam uma fortuna equivalente à da metade mais pobre da população mundial[7]. E é no estudo da Constituição que se constata com mais evidência a correlação foucaulteana poder-saber. As formulações acerca do poder constituinte e da fundação de uma ordem constitucional encontram-se no limiar entre direito, política e economia, esparramando ainda mais os efeitos das relações de poder sobre todo o sistema jurídico. É nessa seara que se faz necessária, mais que nunca, e especialmente diante da atual realidade política e jurídica por que passa o Brasil, uma análise crítica a respeito.

As noções de igualdade e liberdade de que lançou mão a burguesia revelaram-se conceitos abstratos descolados da realidade para grande parcela da população, que se vê

---

grandes marcos as Constituições norte-americana, confeccionada pela Convenção da Filadélfia de 1787, e a francesa de 1791, com o constitucionalismo moderno, acrescendo à limitação, fatores outros como a separação dos poderes e o controle de constitucionalidade das leis.

[6]- DEMIER (2017) mostra como esta blindagem legal, constitucional, alcançou o corpo “democrático” no Brasil.

[7]- "Explosão demográfica e degradação ambiental são duas tendências de longa duração, e a desigualdade da renda é a terceira. Trata-se de um antigo problema que novamente vem à tona. Estamos todos conscientes de que a desigualdade cresce na maioria dos países. Sete entre dez pessoas vivem em países onde a desigualdade cresceu nas últimas três décadas. Alguns números são assustadores - de acordo com a OXFAM [Comitê de Oxford de Combate à Fome], os 85 mais ricos do planeta somam uma fortuna equivalente à da metade mais pobre da população mundial. Nos Estados Unidos, o nível de desigualdade é o mesmo que existia antes da Grande Depressão, e o contingente dos mais ricos, formado por 1% da população, abocanhou 95% dos ganhos sobre a renda, enquanto 90% ficaram mais pobres. Na Índia, o número de bilionários foi multiplicado por 12 em 15 anos, o suficiente para eliminar duas vezes o nível de pobreza absoluta naquele país." A constatação da extrema desigualdade de renda no mundo é de Christine Lagarde, Diretora-Gerente do FMI, durante a Conferência do Capitalismo Inclusivo, promovida pela tradicional família de banqueiros Rothschil.

excluída do processo de produção de normas jurídicas. O ideal primeiro que havia proposto a Modernidade foi, aos poucos, sendo desprezado, dando lugar a uma noção de regulação social (SANTOS: 2000, pp. 164/169). O direito tem servido, pois, como poderoso instrumento de preservação da sociedade capitalista e de suas assimetrias tais quais se apresentam. A ideia excludente do direito é muito perceptível na realidade social. A desigualdade é muitas das vezes naturalizada e banalizada pelos processos de abstração formal dos conflitos levados ao Poder Judiciário, deixando transparecer o profundo papel político do direito, que em geral tenta-se ocultar, ao lançar mão de uma pretensa neutralidade. A cientificização e estatização do direito o têm reduzido à mera técnica, ao passo que atribuem ao Estado o monopólio da produção jurídica. O direito moderno vê-se dissociado das relações culturais e éticas do meio social em que se insere, servindo à lógica da eficiência e estancando qualquer tentativa de produção jurídica a partir de processos populares (RANGEL e LARA: 2016, p. 691).

Estruturação que remonta há mais de dois séculos, é possível vislumbrar a natureza instrumental do sistema constitucional (democracia, divisão de poderes e controle das leis), bem como o objetivo perseguido, já na sua gênese. Lançadas as bases da teoria por JOHN LOCKE, e desenvolvida a ideia de equilíbrio pelo VISCONDE DE BOLINGBROKE, unindo-as em seu *Espírito das Leis*, MONTESQUIEU[8] serviu como pilar fundamental à construção do Estado constitucional moderno, que visava, sobretudo, garantir a liberdade e a propriedade, traços essenciais do pensamento liberal, direitos fundamentais à classe burguesa. Daí a importância da inserção do sistema de divisão de poderes no âmbito normativo da organização estatal e, consequentemente, a relevância da distinção entre constituinte e legislativo a ensejar possível controle judicial. Ainda que sob a luz de um ideário libertário, apenas o Estado que se estabelecia sobre tais pilares, era reconhecido na ordem internacional como Estado constitucional. Só a Constituição jurídica que previa a divisão e o equilíbrio entre os poderes e que garantia direitos fundamentais, era efetivamente considerada como Constituição. Era claro o recado: "a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição"[9]-[10]. Mas sob a

---

[8]- Sabe-se que a obra de Montesquieu influenciou decisivamente a formatação constitucional pós-revolucionária, em especial e de forma exemplar, o ideário norte-americano e o francês. Contudo, as especificidades relativas a cada organização cultural enveredaram-nas por concepções distintas, como se percebe dos textos dos Federalistas e do abade Emmanuel Joseph Sieyès. Um passo à frente, porque já liberto do autoritarismo e despotismo do *ancien régime*, o constitucionalismo norte-americano organizou-se em torno do próprio povo, a evitar a sobreposição da vontade de minorias. O outro não era mais o rei, mas a burguesia dominante.

[9]- Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

[10]- "A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão" (artigo 2º da Declaração dos

opacidade do véu de interesses individuais, percebe-se, facilmente, como toda essa estrutura, que aparenta resguardar direitos e proporcionar a todos o caminho para a felicidade é, ao contrário, instrumentalizada, manipulada a blindar o poder da classe dominante.

Pautando-se no modelo inglês, MONTESQUIEU imaginou a atuação legislativa mediante dois planos, duas câmaras (a câmara alta, dos lordes, hereditária, e selecionada por critérios de nascimento, riqueza etc.; e a câmara baixa, representativa do povo, eleita, selecionada dentre burgueses) que, exigindo requisitos diversos para sua composição, conformariam o primeiro grande entrave à atuação do poder popular, decorrente da necessária harmonização de pensamentos e interesses no mais das vezes antagônicos. A incrementar o embaraço, ao rei foi dado o poder de veto, e à câmara alta, o controle da atuação executiva. Deste simples resumo já pode ser visto "todo um sistema construído para impedir que o Estado pudesse atuar prontamente" (LEAL: 1955, pp. 103/104); sistema, prossegue LEAL, mais tarde aprimorado de forma "genial" pelos convencionais de Filadélfia. E citando GARCIA-DUARTE, conclui que "a burguesia, ao construir um Estado dividido, peado, vagaroso, cuidou muito menos de assumir o poder do que de o conter". Era o tipo de Estado que mais convinha (e convém) à burguesia. A clareza do trecho exige sua transcrição:

> "[...] Embora o reconhecimento de interesses básicos praticamente indiscutíveis, não seria aconselhável construir-se um Estado capaz de atuar de maneira efetiva, rápida, decisiva, porque haveria o risco (e aí vamos encontrar um dos grandes segredos de toda essa estrutura), haveria o risco de que o Estado viesse a cair nas mãos dos inimigos da classe burguesa. E os inimigos da burguesia, uma vez posta a nobreza fora de combate, viria a ser uma classe que mal nascia, que estava começando a aparecer, a classe dos assalariados [...]" (LEAL: 1955, pp. 105/106)

O teor mais recôndido desta intenção é capturado nas entrelinhas dos artigos dos federalistas[11] que embasaram a construção da nascente constitucionalidade norte-americana. A franqueza de James Madison, protegido pelo sigilo dos trabalhos da convenção [de Filadélfia], é reveladora:

> "[...] Ao construir um sistema que desejamos que dure para as idades futuras, não devemos perder de vista a mudança que essas idades trarão consigo. Um

---

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Resistência à opressão que na declaração de 1793 foi transformado em dever: "Quando o governo viola os direitos do Povo, a revolta é para o Povo e para cada agrupamento do Povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensáveis dos deveres" (artigo XXXV).

[11]- Escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, e publicados originariamente no *Independent Journal* de Nova Iorque, tinham por objetivo principal o convencimento do povo, em especial quanto à necessidade da formação de um novo modelo de Estado republicano federado, assentado na distribuição e auto-limitação equilibrada dos poderes. Uma antítese, portanto, do pensamento rousseuniano.

> acréscimo de população aumentará necessariamente a proporção daqueles que terão que sofrer os embates da vida, desejando secretamente uma melhor repartição do seus benefícios. É possível que, com o tempo, estes superem os que se encontrem bem situados economicamente. De acordo com as leis do sufrágio, o poder passará às mãos dos não possuidores [...]"[12]

As perguntas imediatamente feitas pelo federalista, dão o tom da preocupação dos detentores do poder, no exato momento do exercício de uma atribuição que tende antes manter privilégios que regular: "Como havemos de nos preservar disto, baseando-nos em princípios republicanos? Como vamos poder prevenir o perigo em todos os casos de colisões interessadas em oprimir a minoria que devemos defender?" Ao discorrer sobre a proposta de federação, MADISON, tratando nos capítulos XIX e X da "utilidade da União como salvaguarda contra as facções e as insurreições", conceituou facção como "uma reunião de cidadãos que formem a maioria ou a minoria do todo, uma vez que sejam unidos e dirigidos pelo impulso de uma paixão ou interesse contrário aos direitos dos outros cidadãos, ou ao interesse constante da sociedade geral" (HAMILTON et. al.: 2003, p. 60). "Essa definição é falsa", como nota de rodapé ali aposta. A ideia de facção é inseparável da de minoria, sendo inconcebível que a maioria atue contra os interesses da própria maioria. Logo, a facção a que se refere o federalista e que deve ser protegida é a minoria mesmo, a burguesia propriamente dita.

Era clara a ideia do texto dos federalistas em tentar desqualificar politicamente a maioria (leia-se, o povo). Tanto que se distanciaram da democracia, tão atrelada à época à noção de poder popular rousseauniana, construindo a sua própria concepção de república. E nesse contexto, emprestaram à Constituição valor diverso daquele que sempre lhe deram os europeus, consignando sua superioridade tanto política quanto jurídica. Resumindo, a minoria que deveria ser defendida, segundo Madison, era a própria burguesia. Não a burguesia-povo, o povo que a burguesia dizia integrar e no qual buscava legitimação (até porque, vencido o inimigo maior e comum, a monarquia, o Antigo Regime, o povo perdeu sua importância[13]), mas a burguesia-burguesia, o núcleo do poder capitalista, que pretendia cristalizar seu direito de propriedade, estruturando-o mediante norma constitucional, garantindo e possibilitando,

---

[12]- MADISON, Convenção da Filadélfia, *apud* CROSSMAN, Richard Howard Stafford, *Biografia del Estado Moderno*. México: 1941, p. 99/100, *in apud* LEAL: 1955, p. 106).

[13]- Como todo movimento ideológico, não há qualquer escrúpulo na retomada do caminho oposto àquele que lhe serviu como base reivindicativa, quando torna-se conflitante e dispensável à manutenção e sobretudo à expansão dos interesses já consolidados. Contradição que institui os germes da autodestruição. Numerosos são os exemplos, como a clássica aliança liberal, que proporcionou a expansão territorial até então essencial à nobreza medieval, mediante o financiamento da burguesia enriquecida. Uniram-se os poderes político e econômico, indispensáveis reciprocamente, até o momento de extensão e flexão máxima, em que uma das partes tornou-se inconveniente à outra, e rompeu o sistema de forma revolucionária (COELHO: 2014).

como que por viés compensatório, "liberdade" para que os demais um dia viessem a se tornar possuidores. Realidade que não só Madison, mas todos sabiam ser improvável, e que a história se encarregou de confirmar. Afinal, parafraseando ORWELL (2007), todos são livres, embora uns sejam mais livres que outros.

Daí o caráter atemporal da constatação de LASSALE (2001), íntegra há quase dois séculos, de que a essência da Constituição corresponde àquilo que efetivamente se impõe na realidade; em outras palavras, aos fatores reais de poder. Ao distinguir a Constituição real da jurídica, já no século XIX, Lassale afirma que esta, se não implementada, se não conformada com aquela, não passaria de mera folha de papel. A simplicidade desta constatação foi sublinhada por vários outros pensadores. Um século após, em seu clássico *A força normativa da Constituição*, embora afirme, ao contrário, que a Constituição escrita, ainda que não implementada, ainda que não conformada à realidade, tem, sim, potencial normativo, ao menos impeditivo de retrocesso, enfim, que não se restringe a simples papel, HESSE (1991, p. 10) atesta de forma primorosa, que "a concepção sustentada inicialmente por Lassalle parece ainda mais fascinante ao se considerar sua aparente simplicidade e evidência, sua base calcada na realidade, bem como a sua aparente confirmação pela experiência histórica"[14].

E tendendo a manter a distância entre a norma e a realidade é que a construção do Estado liberal foi cuidadosamente programada pelos federalistas. Acaso a massa popular

---

[14]- É mesmo difícil construir alguma hipótese teórica que suplante Lassale. O próprio Hesse, embora defenda que a força normativa da Constituição não reside apenas na adaptação inteligente a uma dada realidade, na medida em que ela pode impor algumas tarefas, conclui que terá ela força ativa se se fizerem presentes não só a vontade de poder, mas também a vontade da própria Constituição. Nota-se, portanto, que o contorno salientado por Hesse pouco diverge da concepção realística de Lassale, na medida em que a vontade da Constituição nada mais representaria que a vontade real. E essa busca pela realidade também se percebe, a exemplo, na sociedade aberta de HÄBERLE, pois "se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema 'Constituição e realidade constitucional', então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da 'realidade constitucional'" (2012, p. 12). E citando Häberle e Hesse, explica SARMENTO (2001) que o conceito de abertura constitucional diz respeito à necessidade de a lei fundamental ser dotada de elasticidade, não regulando de forma rígida todas as matérias, sob pena de se transformar em instrumento de poder totalitário. Abstraindo-se do cenário político sob o qual veio a lume a Constituição de 1988, de premente necessidade na segurança das relações sociais, em claro movimento pendular pós-ditatorial, fato é que, historicamente, é embrionário de qualquer norma que quer constituir elementos estatais, não se imiscuir em relações privadas. "Tão somente deve pretender traçar ela indicativos para a interpretação e aplicabilidade do ordenamento hierarquicamente inferior. Logo, é a Constituição texto que deve se revestir de visceral caráter principiológico, cuja densidade seja capaz de abarcar inúmeras interpretações [...] Se exprime a Constituição da República comandos que se espraiam pelo ordenamento jurídico infraconstitucional com a finalidade de sua melhor adequação à realidade, tendo em vista a grande massa social que a interpreta, conclui-se que quanto mais próximas dos fatos ensejadores do conflito de interesses instaurado, melhor será o aproveitamento da norma constitucional. Será ela mais eficaz, portanto. A ótima concretização da norma constitucional depende, assim, da perfeita compreensão da realidade em que desenhada a lide [...] Bem sabia Moisés que os ordenamentos de Deus não se exauriam nos textos impressos nas tábuas" (COELHO: 2008).

conseguisse tornar-se maioria em uma das casas parlamentares, sofreria a oposição da outra[15]. Vencida esta etapa, deveria enfrentar o veto presidencial. Ultrapassado este, e relembrando que a lei não pode conflitar com os direitos fundamentais (da burguesia), "estaria, ali, de alcateia a Corte Suprema, notoriamente conservadora", como antecipado por Madison já no capítulo XVI, ao consignar que "se os juízes não conspirarem com a legislatura, hão de declarar que as decisões da maioria são contrárias à lei do país, inconstitucionais e nulas" (HAMILTON et al.: 2003, p. 102). "Aí está, portanto, explicado o verdadeiro sentido sociológico da divisão dos poderes. Era um sistema concebido menos para impedir as usurpações do executivo do que para obstar as reivindicações das massas populares". Em outras palavras e em resumo,

> "a convenção da Filadélfia defrontou-se com o problema de procurar o substitutivo para assegurar a propriedade, que na Inglaterra estava garantida pelo acatamento popular à oligarquia governante. Em lugar da obediência tradicional à autoridade, de um povo sujeito, ofereceram um sistema de equilíbrios e freios tão intrincado que dificilmente se poderia filtrar através de suas malhas uma gota do sentimento popular" (LEAL: 1955, p. 107)[16].

3. Constitucionalismo global; senão plenamente possível, ao menos um compromisso em torno do discurso consensual sobre o combate à corrupção sistêmica

Na busca por um novo paradigma para o direito, que avance e finalmente se desloque das teorias clássicas positivas normativistas, MÜLLER (2013) adequa e assenta sua metódica estruturante à contemporaneidade, globalizada e multicultural, aproximando os sistemas do *civil* e do *common law*, sobrepondo, intercalando, enfim, harmonizando os dois principais troncos jurídicos ocidentais. Identifica os mundos real e ideal, numa correlação de causa-efeito-causa entre o ser e o dever ser. Ressalta a importância da concretude dos fatos na concepção e formatação do direito, resgatando, sob este eixo, parte da perspectiva schimittiana de valorização da realidade[17]. Em linha paralela, MACCORMICK (2008)

---

[15]- Como a segunda câmara não podia ser hereditária, os federalistas foram hábeis, dando-lhe um mandato mais longo, com uma renovação pelo terço. "A cada mudança da câmara dos representantes, ficariam 2/3 do Senado, a representar, presumivelmente, o pensamento da situação pretérita, conservadora" (LEAL: 1955, p. 107).

[16]- CROSSMAN, Richard Howard Stafford, *Biografia del Estado Moderno*. México: 1941, p. 100, *apud* LEAL: 1955, p. 106.

[17]- Carl Schmitt é um dos maiores críticos do positivismo normativista que embasou o constitucionalismo liberal, apontando a divergência entre real e ideal, entre ser e dever ser, como um dos elementos motrizes para o monopólio do Estado, "já que o conceito liberal de Constituição era ideal, configurando simplesmente a

estrutura sua teoria no poder da argumentação jurídica, atualizando antigas noções aristotélicas a feições modernizantes[18]. Vertentes teórico-jurídicas atuais, portanto, que vêm sendo maturadas desde as últimas décadas do século passado, e que visam, sobretudo, construir uma nova ordem normativa, que não ignora a importância da segurança historicamente desenhada pelo positivismo clássico, mas antes a complementa, integrando-a à justeza da atuação pública. Uma nova ordem porque, efetivamente, propõe um rompimento com as bases positivistas, descolando-se do conceito separatista entre *sein* e *sollen*, fazendo o caminho exato oposto, unindo-os. Pretende-se, como terceira via, e exatamente porque mescla dos planos real e ideal, evitar a arbitrariedade do puro decisionismo, sem abrir mão da previsibilidade necessária às relações humanas, escamoteando-se à principal crítica direcionada ao positivismo normativista, que diz respeito ao preestabelecimento do cenário fático, pressupondo sua adequação, ainda que *a forceps*, num desenho de mundo hipotético. Neste cenário, atribui-se um novo papel para a norma jurídica, que deixa de ter um papel figurativo e assume o protagonismo da realização material do Direito, principal reivindicação do Estado social e democrático na sociedade contemporânea, o que se faz, v.g., por meio do uso de mecanismos reguladores da economia pelo Estado pode evitar o colapso de um sistema que, cada vez mais, concentra a riqueza nas mãos de um número reduzido de capitalistas. Nesse sentido, economista francês PIKETTY, no livro *O capital no século XXI*, ressalta:

> "as desigualdades sociais só são aceitáveis se forem do interesse de todos e, especialmente, se forem do interesse de grupos sociais menos privilegiados. É necessário estender os direitos fundamentais e as vantagens materiais ao máximo de pessoas possível" (2014, p. 467).

Concretude que tende a apontar para um cenário específico, contrário, assim, à concepção supranacional. Não quer isso dizer, no entanto, que não exista pensamento convergente sobre numerosos aspectos que, incontroversos, demandam um conjunto global de

---

concepção ideológica que interessava àqueles que se apropriaram do poder em determinado momento histórico" (QUARESMA e OLIVEIRA: 2009, p. 885/887).

[18]- A nova retórica embasou a reconstrução do direito europeu no período posterior à segunda guerra mundial, e retornou à dialética aristotélica, conduzida pela *Tópica e Jurisprudência*, monumental obra de THEODOR VIEHWEG. Mas seus efeitos só se fizeram sentir efetivamente no Brasil, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que aqui corporificou a textura aberta à sociedade de intérpretes citada por CLÈVE (1995: a força normativa da Constituição implica a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade, mas ao mesmo tempo, é, de certo modo, também por ela, realidade, conformada) e CANOTILHO (1999: a Constituição como registros de aprendizagem, como possibilidade de captar e se conformar com as mudanças da realidade, está aberta às concepções cambiantes da verdade e da justiça). E identificados os topoi argumentativos comuns, aceitáveis pela jurisprudência, a liberdade concedida ao juiz tende a aproximá-lo da verdade e, por consequência, da melhor solução.

forças, num jogo de ganha-ganha, em que todos os participantes sejam beneficiados. Afora sentidos fluidos, subjetivos, como a felicidade, a paz etc., que antes representam consequências, características objetivas, pragmáticas, podem naturalmente ensejar uma maior interação global. Um claro exemplo nesse plano se circunscreve ao enfrentamento à corrupção sistêmica. O povo brasileiro está vivenciando um momento histórico, como jamais aconteceu, de aprofundamento no combate deste que representa talvez o mais nefasto e universal problema social[19]. A coincidência de fatores tão necessária para o fazer história, como o amplo apoio popular, alguns avanços recentes na legislação relativos à possibilidade de aplicação de acordos de leniência[20] (capitulado dentro da Lei Anticorrupção - Lei nº 12.846/2013) e relativos à possibilidade de acordos de colaboração premiada[21] e execução

---

[19]- Em relatório divulgado pelo IMD, uma das mais reputadas escolas de administração do mundo, sediada em Lausanne (Relatório de Competitividade Global 2017), o Brasil aparece como o segundo mais corrupto país dos 63 analisados. "Em termos de eficiência governamental, o Brasil aparece na 62ª posição, a segunda pior do *ranking* global, só atrás da Venezuela. Um dos componentes desse indicador é 'propina e corrupção'". Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4988460/brasil-e-visto-como-segundo-mais-corrupto-em-lista-de-63-paises>. Acesso em: 02 jun. 17.

[20]- O Acordo de Leniência, que tem sua origem no direito norte americano, adentrou no sistema jurídico brasileiro, por meio da edição da Lei nº 8.884/1996 (Ajuste entre a União e pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração contra a ordem econômica, e permitia ao infrator colaborar nas investigações, no próprio processo administrativo, com a apresentação de provas inéditas e suficientes para a condenação dos demais envolvidos na suposta infração, auferindo, como contrapartida, por exemplo, a extinção da ação punitiva da administração pública), como mecanismo de manutenção da ordem concorrencial com o escopo de coibir a prática de infração à ordem econômica. Ao depois, esse Acordo foi aperfeiçoado pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Contudo, o Acordo de Leniência ganha projeção nacional mesmo a partir da previsão de seu ideário - de colaboração com o Estado x benefício ao infrator - na Lei Anticorrupção - Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013 -, editada no Governo Dilma Rousseff, que "dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências"; firmado entre a pessoa jurídica que cometeu ato ilícito contra a administração pública, nacional ou estrangeira, mas que se dispõe a auxiliar nas investigações que levem a captura de outros envolvidos no crime, em troca de benefícios para sua pena, ou seja, dá-se a "suavização" da punibilidade ao infrator que participou de atividade ilícita, desde que, em troca, passe a colaborar com as investigações com o intuito de denunciar outros infratores envolvidos no crime. O órgão responsável por celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria-Geral da União (CGU).

[21]- Aprovada no Governo Dilma Rousseff, a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que "define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995; e dá outras providências", prevê, no inciso I de seu artigo 3º, que "em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada [...]"; instrumento regulamentado pelos artigos 4º ao 7º da mesma lei.

contundentemente justificadas de prisões preventivas *lato senso*, assim como a atuação institucional firme de órgãos de investigação e persecução (Polícia e Ministério Público) e do Poder Judiciário[22], são patamares que podem e devem ser pulverizados e compartilhados entre os países num caminhar gradual em direção ao ideal democrático proposto por DAHL (2005)[23]. Elementos que remetem quase que num impulso intuitivo à comparação, à vinculação entre as operações brasileira Lava-Jato e italiana *Mani Pulite* de combate à corrupção sistêmica, instaurada e enraizada às profundezas nas entranhas do poder público. É indispensável a troca de informações, expertise, erros e acertos, sobretudo quanto a estratégias, tanto de métodos e limites de apuração[24], de negociação, como mecanismos de recuo, defesa organizacional e em especial pessoal etc. Nesse aspecto, por exemplo, pode-se perfeitamente falar em interconstitucionalidade.

A micro-história que rebentou nos meandros do século XX, criando fenda profunda na ideia de composição histórica baseada nas grandes narrativas, símbolo de um pensamento modernista das primeiras horas, e que tem em GINSBURG (2006) seu principal fomentador, mostra que pequenas e muitas circunstâncias relativamente independentes, quando integradas constroem a verdadeira concepção histórica. É nesse sentido que deve ser enxergada de forma

---

[22]- Há numerosas outras decisões administrativas tomadas pelos poderes da República que, embora passem despercebidas, exercem indiscutível importância no contexto geral, como, a exemplo, o respeito à escolha da própria entidade quanto à nomeação do chefe da Procuradoria-Geral, a composição de forças-tarefas a auxiliarem à os órgãos públicos diretamente envolvidos, como a Polícia e o Ministério Público Federal, assim como o próprio STF e os Tribunais Regionais Federais (são simbólicos e eficientes as primeiras medidas adotadas pela atual gestão administrativa do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, quando à segurança de seus juízes e à composição das Varas Criminais competentes para o julgamentos dos casos decorrentes da operação Lava-Jato).

[23]- Consignando democracia como um ideal (utópico) a ser atingido, ROBERT DAHL se refere a graus de democracia.

[24]- Na operação Mãos Limpas, os juízes desvelaram as redes de corrupção estabelecidas entre políticos e empresários, que configuravam um sistema de intercâmbio de contratos públicos por subornos. O maior partido da Itália, a Democracia Cristã (DC), foi dura e diretamente atingido, vindo a se dissolver dois anos mais tarde. Já o Partido Socialista (PSI), fundado em 1892, desapareceu junto com a DC, também como consequência dos escândalos de corrupção e dos respectivos processos judiciais. Porém o Partido Democrático da Esquerda (PDS), herdeiro do Partido Comunista Italiano (PCI), escapou da fase inicial da operação e chegou ao governo. Mais tarde, com o advento de um pacto de conveniência entre o PDS e Berlusconi, minou-se a operação Mãos Limpas, abrindo a sala do Estado Italiano ao "berlusconismo", que dominou de 2001 a 2006, período em que a maioria parlamentar do PDS ajudou a passar leis maquiavelicamente engendradas para sabotar investigações criminais, retardar julgamentos e viabilizar a prescrição de crimes, decepando a mão que, àquela altura, empunhava a espada da Justiça, ou seja, a esquerda e direita uniram-se proteção de esquemas de corrupção com políticos de todo o espectro ideológico, esquemas estes que, por certo, até hoje se mantêm. A isso de seguiu o período de 2008 a 2011, com forte estagnação econômica e negacionismo político.

ampla a narrativa em torno da operação Lava-Jato e de todas as circunstâncias que a envolvem, a constituem e que lhe dão a coloração, o matiz que de uma maneira geral, é percebido pela população. Circunstâncias que se buscam em processos históricos-judiciais antecedentes, que lhe serviram de estofo e lhe adubaram a raiz, como mais proximamente no tempo a ação penal 470[25], assim como as próprias idiossincrasias circunscritas a este, como os motivos pelos quais descortinados os fatos investigados, o sorteio e a definição da relatoria, a ânsia e a pressão da população, que viu chegar o momento histórico de passar o país a limpo, criando legítimas expectativas, que senão satisfeitas completamente, ao menos pintaram com tintas fortes e visíveis o caminho a seguir, a condenação de figuras públicas ou privadas até então inacessíveis segundo o ideário popular, além de importantes consequências outras no plano jurídico, como a aprovação da lei de iniciativa popular da ficha limpa (Lei Complementar 135, de 04 de junho de 2010), a já mencionada lei de colaboração premiada (Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013) etc. Ao falar da Lava-Jato, portanto, rende-se homenagem à sociedade brasileira e à composição do Supremo Tribunal Federal à época do julgamento da ação penal 470. Mas a Lava-Jato, evidentemente, tem vida própria.

São numerosos os avanços sociais em torno dessa nova ambiência no cenário público brasileiro. Afora as mencionadas leis da ficha limpa, da anticorrupção e da colaboração premiada, podem ainda ser apontadas, dentre outras, as discussões em torno de propostas legislativas ou decisões judiciais acerca de medidas populares contra a corrupção, o fim do foro privilegiado, o fim da autorização das assembleias legislativas para o processamento de governadores, a execução da pena criminal ao menos após decisão de segunda instância etc. No mesmo sentido, uma melhor adequação da visão romantizada do garantismo em torno dos chamados crimes do colarinho branco, pois o ideário garantista não pode ter por escopo o direito de pessoas que se valem de instrumentos públicos disponíveis aos cargos que ocupam para obstaculizar a ação dos poderes constituídos[26].

4. Conclusão

Ficou dito que a operação brasileira Lava-jato tem vida própria. Isso é verdade. Não se pode perder de vista, no entanto, que alterações sociais de tamanha magnitude necessitam de bases fortes, maturadas pelo tempo proporcional à profundidade da intervenção, e seu sucesso só será sentido acaso possibilitada a identificação e extirpação completa da metástase

---

[25]- O esquema de compra de apoio político no Congresso, conhecido como mensalão, que se tornou público em junho de 2005, resultou na denúncia pela Procuradoria Geral da República de 40 pessoas, dentre elas 03 ministros de Estado, além de deputados e empresários, e na condenação de 24 em agosto de 2007 pelo Supremo Tribunal Federal.

[26]- Relembrando o clássico dito popular de que "ninguém passa recibo de corrupção", já na década de 1960, GARY BECKER concebeu a corrupção como um crime integralmente racional; racional desde sua idealização até o *post factum*. Daí a dificuldade da persecução penal.

que tomou conta do tecido social[27]. Daí a menção à ação penal 470. A corrupção das instituições brasileiras alcançou níveis inconcebíveis, decorrentes da promiscuidade na relação pública x privada durante séculos que, evidentemente, não pode ser combatida em poucas décadas. É razoável a ansiedade da sociedade quanto ao capítulo final de toda esta trama; ânsia, porém, que pode pôr em risco o momento de fortalecimento da ambiência ética. É certo que o tempo do hoje parece-nos muito mais rápido que o tempo do ontem; e de fato o é. Mas é preciso compreender que essa desconexão, esse descompasso temporal não permite o rompimento de cultura enraizada por séculos em poucos anos. Mais que um processo judicial, a operação Lava-jato se tornou, ela própria, uma instituição nacional[28]-[29], não fazendo sentido

---

[27]- Considerando o histórico de impunidade brasileiro, é admissível supor que se a operação Lava-jato fosse deflagrada há 20 anos, por exemplo, possivelmente não passaria de um volume com algumas dezenas de laudas de um inquérito policial.

[28]- A Operação Lava-Jato em números (dados atualizados até 29 de maio de 2017). 1.434 procedimentos instaurados. 775 buscas e apreensões. 210 conduções coercitivas. 95 prisões preventivas. 104 prisões temporárias. 06 prisões em flagrante. 183 pedidos de cooperação internacional (130 pedidos ativos para 33 países diferentes, e 53 pedidos passivos com 24 países). 158 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas. 10 acordos de leniência e 01 termo de ajustamento de conduta. 62 acusações criminais contra 274 pessoas (sem repetição de nome), já com sentença para 29 pessoas, pelos seguintes crimes: corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, dentre outros. 141 condenações, contabilizando 1.428 anos, 01 mês e 25 dias de pena. 08 acusações de improbidade administrativa contra 50 pessoas físicas, 16 empresas e 01 partido político, pedindo o pagamento de R$ 14,5 bilhões. Valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas) de R$ 38,1 bilhões. Os crimes já denunciados envolvem pagamento de propina de cerca de R$ 6,4 bilhões. R$ 10,3 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R$ 756,9 milhões objeto de repatriação e R$ 3,2 bilhões em bens de réus bloqueados. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em: 02 jun. 2017.

[29]- Investigados e condenados. Operação Lava-Jato. "Desde março de 2014, a Operação Lava-Jato da Polícia Federal investiga o maior escândalo de corrupção já revelado no Brasil. A ação contra o esquema que desviou bilhões de reais da Petrobrás já prendeu ex-diretores da estatal, doleiros, ex-deputados e executivos das maiores empreiteiras do país. Superfaturamento de contratos, pagamento de propinas para executivos e políticos, além de lavagem de dinheiro para viabilizar operações financeiras indevidas são investigadas pela Justiça Federal. São políticos, deputados e senadores acusados de apoiar e indicar executivos da estatal em troca de dinheiro para campanhas eleitorais, garantindo a manutenção do esquema de fraudes nos contratos da empresa com as empreiteiras. São operadores, com movimentações financeiras ilícitas entre os partidos; a Petrobrás e as empreiteiras eram intermediadas por operadores e lobistas, com a utilização de empresas de fachada na lavagem dos recursos públicos desviados. São executivos em cargos de primeiro escalão da Petrobrás e das empreiteiras acusados de organização criminosa, lavagem de dinheiro e corrupção; eles são os supostos responsáveis pelas fraudes nos contratos da estatal e pelos desvios de verbas. Além de outros. O complexo esquema de corrupção teve a participação de coadjuvantes em suas diversas etapas, desde a operação de empresas-fantasma até a movimentação ilícita de recursos financeiros e a fraude de contratos das Petrobrás". Disponível em: <http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-personagens.html>. Acesso em: 02 jun. 2017.

a grita popular pelo encerramento, desfecho, pelo seu *grand finale*. Até porque isso já vem ocorrendo gradativamente e a seu tempo, a cada condenação, a cada etapa, a cada fim de ciclo individualizado.

Nota-se que a classe política, espécie predada, tende a reagir. Daí a sensação de que permanece alijada da realidade. É de se entender, no entanto, que tal reação espelha antes instinto de sobrevivência e, portanto, a concepção de que a atuação institucional tem gerado efeitos positivos. Daí a importância da correlação supranacional, da troca de experiências com autoridades italianas, para que não se repita, aqui, os óbices lá encontrados[30]. Para que as investigações não sejam barradas pela reação dos políticos denunciados; para que não se legalize a corrupção, mediante alterações legais e pressões políticas que invertam os papéis entre acusado e acusador. Para que não ocorra no Brasil a mutação antropológica citada por FIORINO e GALLI[31], pela qual a sociedade se habitua de forma cúmplice com o ilícito[32]-[33].

---

[30]- "O abrandamento das leis contra a corrupção foi vendido à população como a maneira eficaz de promover o crescimento econômico. Afinal, diziam, a corrupção faz a economia funcionar. Mas ninguém avisou que faz funcionar muito mal. A taxa de juros havia desabado com a entrada do país na zona do euro e investir parecia a melhor escolha. Berlusconi lançou um ambicioso plano de investimentos em infraestrutura a partir de 2001, prevendo a construção de 120 grandes obras, que resultou num verdadeiro 'manual de más condutas' e de desperdício de recursos públicos. Colocou no novo Superministério da Infraestrutura um empresário do setor de projetos de obras de engenharia, para quem 'era preciso conviver com a Máfia e com a Camorra'. O Senado aprovou uma lei (*Legge Obiettivo*) para grandes obras de interesse nacional, permitindo ignorar leis ordinárias, isentar de concorrência e de avaliação de impacto ambiental as grandes obras públicas, ampliando as chances de ocorrência de corrupção [...] O dinheiro público foi gasto no pagamento de projetos de obras que nunca saíram do papel. Dentre as realizadas, várias foram superdimensionadas, como trechos de trens de alta velocidade que precisariam ter o triplo de usuários para serem rentáveis, considerando que seu custo é três vezes maior que na Espanha e na França [...] Falhas na seleção de obras e de seus executores aumentavam os riscos de corrupção e conluio, levando a renegociações frequentes e ineficientes de contratos [...] Apesar do claro diagnóstico feito pelo atual presidente do Banco Central Europeu, a Itália continua a aceitar que a corrupção contamine todas as suas decisões econômicas, favorecendo interesses privados em detrimento do bem-estar comum, reduzindo a produtividade e o crescimento econômico [...]" (PINOTTI, 2016).

[31]- FIORINO, Nadia, e GALLI, Emma, *apud* PINOTTI, Maria Cristina (2016).

[32]- Pesquisa da Eurobarometer de 2016. Percepção de independência das Cortes e dos juízes: - muito ruim para 25% da população na Itália, 10% na França e 4% na Alemanha. - boa ou muito boa por 25% da população na Itália, 54% na França e 69% na Alemanha. Motivos não excludentes: interferência ou pressão do governo e de políticos, para 42% dos italianos.

[33]- Pesquisa do EU Justice Scoreboard de 2016 (entre 2012 e 2014): tempo médio necessário para resolver casos litigiosos civis e comerciais em primeira instância era de 577 dias na Itália (melhor, apenas, do que em Malta e Chipre), ante 322 dias na França e 189 dias na Alemanha. Esses números atestam a baixa credibilidade e efetividade do sistema judiciário italiano.

Conquanto ilícito absolutamente racional, como lembrado por BECKER, é fato que a corrupção pode encontrar vigoroso óbice no mais recôndito espaço da alma humana, por mais simples que seja, como o aldeão moleiro de GINZBURG, ou o semi-analfabetismo do algarvio ANTÔNIO ALEIXO, que sintetizou em quadras populares e de forma ímpar, o sentimento do cidadão de bem:

> O rato mete o focinho / sem pensar que faz asneira /
> Depois, ou larga o toucinho / ou fica na ratoeira /
> Fazem a mesma figura / homens que vestem bons fatos /
> Quando lhes cheira a gordura / caem também como os ratos /
>
> Tu que tanto prometeste / enquanto nada podias /
> Agora que podes, esqueceste / tudo quanto prometias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECKER, Gary Stanley. *Investment in human capital: a theoretical analysis*. Journal of Political Economy, v. 70, n. 5, pp. 9/49, out. 1962.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DEMIER, Felipe. *Depois do golpe: a dialética da democracia blindada no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlim. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Humberto Alves. *A interpretação constitucional como fundamento do recurso de revista*. *In* COELHO, Humberto Alves, e NEVES, Marcelo [orgs]. *Direito público do trabalho: estudos em homenagem a Ivan D Rodrigues Alves*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 209/257.

_____ *A Emenda Constitucional nº 45 e o novo Código Civil. Parâmetro e contradições sociais brasileiras*. Rio de Janeiro: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, n. 55, p. 111-118, jan/jul 2014.

DAHL, Robert Alan. *Poliarquia e oposição*. Editora USP. São Paulo: 2005.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Conferência V. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

GINZBURG, Carlos. *O queijo e os vermes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, e JAY, John. O federalista. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, 6ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
LEAL, Victor Nunes. *A divisão de poderes no quadro político da burguesia*. In CAVALCANTI, Themístocles, SILVA, Carlos Medeiros, LEAL, Victor Nunes. *Cinco estudos: a federação, a divisão de poderes (02 estudos), os partidos políticos e a intervenção do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955, p. 93/113.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

ORWELL, George, *A revolução dos bichos: um conto de fadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PESSOA, Fernando. *D. Tareja. In Mensagem*. São Paulo: Coleção L&PM Pocket, 2016.

PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2014.

PINOTTI, Maria Cristina. *A Itália após a Operação Mãos Limpas: entre os desenvolvidos, país exibe o maior índice de corrupção e o pior desempenho econômico*. Estadão: 14 dez.

2016. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,a-italia-apos-a-operacao-maos-limpas,10000094373> Acesso em: 25 mai. 2017.

QUARESMA, Regina, e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. *Neoconstitucionalismo: contextualização e perspectivas*. In QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Farlei Martins, e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula [orgs.]. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 879/891.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção pós-moderna do direito: A crítica da razão indolente - contra o desperdício da experiência. Para um novo senso-comum - a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In* TORRES, Ricardo Lobo [org.], *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Oxford University Press. Oxford: 2001.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *A constituinte burguesa*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SILVA, Luciano Nascimento. *A (moderna) criminalidade econômica. O direito penal entre o econômico e o social. In* BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo, GONÇALVES, Rogério Magnus Varela, e RODRIGUES, Frederico Viana. *Ciências jurídicas. Civilísticas; comparatísticas; comunitárias; criminais; económicas; empresariais; filosóficas; históricas; políticas; processuais*. Apresentação CASTANHEIRA NEVES. António. Lisboa: Almedina: 2055, pp. 393/444.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *A globalização e seus malefícios*. 4ª ed. São José - SC: Futura, 2003.