

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

MOVIMENTO TRANSNACIONAL DE MITIGAÇÃO DE GARANTIAS EM FACE DA EFICIÊNCIA DO PROCESSO

FREDERICO WELLINGTON JORGE

Itajaí-SC

2012

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

MOVIMENTO TRANSNACIONAL DE MITIGAÇÃO DE GARANTIAS EM FACE DA EFICIÊNCIA DO PROCESSO

FREDERICO WELLINGTON JORGE

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí-SC

2012

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus que, em todos os desertos que atravessei sempre, absolutamente sempre, esteve ao meu lado, guiando e iluminando meu caminho, por mais distante que eu estivesse. Obrigado Senhor!

Agradeço também, com especial referencia, ao Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa que, na condição de orientador o fez com inigualável brilhantismo, o qual, alias, é uma dádiva recorrente em todas as situações que é chamado a interferir. Giza-se ainda que transborda os limites da orientação, atuando muitas vezes como um verdadeiro amigo na luta pelo sucesso de todos sem com isso buscar se prevalecer ou mesmo enaltecer seu nome. Tamanha competência e altruísmo não parece ser compatível em apenas um ser humano mas, Alexandre Rosa é o mais adequado exemplo disso. Palavras serão infinitamente limitadas para expressar minha gratidão a você. Obrigado por tudo meu caro amigo.

Quero ressaltar igualmente o valor de um verdadeiro amigo. Sem um amigo certamente muitas coisas que vivemos em nossas vidas não teriam o mesmo valor ou, até mesmo, não seriam alcançados, como é o presente exemplo. Seu incentivo fora fundamental, obrigado Professora Beatriz Branco.

À minha família, em especial minha avó Lídia, minha mãe Marcia, minha irmã Veruska e meus queridos sobrinhos, Christian, Gabriel e Fernanda, apesar da distância e com muitas saudades, um fraterno beijo a todos, vocês são os responsáveis por tudo o que sou e que um dia ei de ser. Meu eterno agradecimento. Amo vocês incondicionalmente.

Ao meu falecido pai, Vicente Jorge Filho, onde quer que esteja, sempre te amarei e garanto que tenho na trilha deixada pelos seus passos meu exemplo de vida. Deus o ilumine.

A minha esposa que, sem ela, certamente não teria alcançado mais esse degrau em minha vida. Obrigado e tenha certeza que tudo que faço nessa vida tem você em primeiro lugar. Em minhas ausências e distanciamentos para a construção desse trabalho, você esteve sempre ali, ao meu lado, compreendendo e me encorajando quando eu mais precisava com sua infinita capacidade de amar. Sou

eternamente grato a ti, hoje e sempre. Te amo incondicionalmente.

Não posso deixar de agradecer minha filhinha Eduarda. A você minha filha agradeço por, mesmo sem saber, ficou horas e horas longe de mim para que eu pudesse enfim concretizar essa jornada. Desculpe e prometo que nunca mais me distanciarei de você.

Por fim, a todos que de alguma forma contribuíram para essa empreitada mesmo que, muitas vezes, eu deixasse transparecer minha desilusão e desânimo em seguir em frente.

DEDICATÓRIA

Esse trabalho, sem dúvida,
consagra uma importante e árdua fase de minha vida e,
portanto, devo dedica-lo às duas pessoas mais importantes de minha vida,
minha florzinha Eduarda e minha linda Patricia.
Amo vocês mais que tudo.
Obrigado por fazerem (parte de) minha vida.
Sem vocês nada faz sentido.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

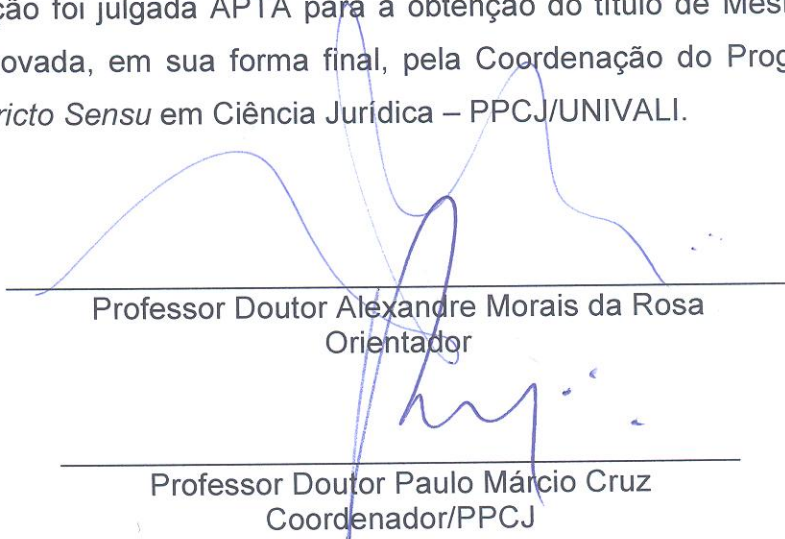
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 25 de setembro de 2012.

Frederico Wellington Jorge

Mestrando

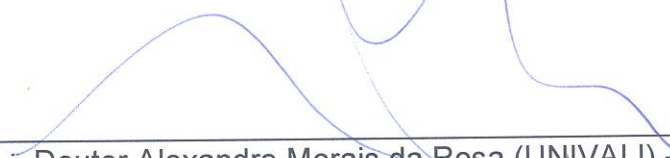
Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



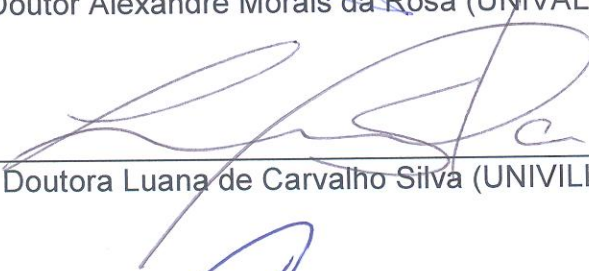
Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa
Orientador

Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

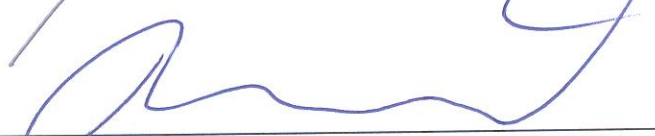
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Alexandre Morais da Rosa (UNIVALI) – Presidente



Doutora Luana de Carvalho Silva (UNIVILLE) – Membro



Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), julho de 2012.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
AED	Análise Econômica do Direito
TPI	Tribunal Penal Internacional
ONU	Organização das Nações Unidas
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal

ROL DE CATEGORIAS

Rol de Categorias¹ que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos Conceitos Operacionais²:

Globalização

Significa “o transbordamento das fronteiras do Estado Constitucional moderno, a partir da hegemonia do capitalismo e do avanço do neoliberalismo. Apesar de questionável, é ainda o melhor termo para caracterizar a mudança global que tomou impulso com a derrocada do comunismo do leste europeu”.³

Transnacionalidade

“Significa que os estados nacionais passam a relacionar-se, no âmbito externo, a partir de pressupostos de solidariedade, com a preservação da capacidade de decisão interna, superando o sentido conflitivo e de disputa dos termos “internacional” e “supranacional”.⁴

Estado Constitucional Moderno

“[...] deve ser entendido como aquele tipo de organização política surgida das revoluções burguesas e norte-americana nos séculos XVIII e XIX, que tiveram como principais características a soberania assentada sobre um território, a tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa.”⁵

¹ Os Conceitos Operacionais das Categorias Básicas são apresentados de acordo com as orientações contidas em PASOLD, César Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 31-42.

² Segundo Luis César Pasold: “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos”. (PASOLD, César Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 56).

³ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 105.

⁴ Paulo Marcio Cruz em: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 105.

⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. *In*: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

Império

“O conceito de Império caracteriza-se fundamentalmente pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo Império não tem limites. Antes e acima de tudo, portanto, o conceito de Império postula um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo “civilizado””.⁶

Medo

“Medo” é o nome que damos a nossa *incerteza*: nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser *feito* – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrenta-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance”.⁷

Análise Econômica do Direito – AED

“É esta teoria instrumental que sistematiza e organiza de modo “metodológico” e “científico” a ascendência do econômico sobre o jurídico; que provoca, declarada e abertamente, a viragem que torna o Direito em mera técnica de vinculação ao custo-benefício”.⁸

Nova Criminalidade

É, portanto, fruto do brutal avanço tecnológico e da transformação socioeconômica (revolução informática e globalização da econômica) que produziram, indubitavelmente, evoluções comerciais que destacaram novos caminhos e novos instrumentos de comércio transnacional e, desta forma, deram margem para sua utilização indevida. Assim, essa *nova criminalidade* pode ser taxada como sendo uma espécie de subproduto gerado pela sociedade de massa e pelos avanços

⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 14.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 08.

⁸ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 219.

tecnológicos.⁹

Organização Criminosa

“[...] entidades organizadas com pluralidade de agentes, estruturação hierárquica, divisão de funções, elevado poderio econômico e de corrupção, alto grau de intimidação, influência em ações políticas e atividades em níveis locais e internacionais”.¹⁰

⁹ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 53.

¹⁰ SOUZA FILHO, Jayme José de. Investigação criminal à luz da Lei 9.034/95: a atuação de agentes infiltrados e suas repercussões penais. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 1, n. 2, p. 85, maio/ago, 2006. Disponível em :<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11569/10264>> Acesso em: 10 jul. 2012.

SUMÁRIO

RESUMO.....	13
ABSTRACT	14
INTRODUÇÃO	15
1 TRANSNACIONALIDADE, GLOBALIZAÇÃO E A JUSTIÇA CRIMINAL MUNDIAL	17
1.1 TRANSNACIONALIDADE E SOBERANIA.....	17
1.2 TRANSNACIONALIDADE E A MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO.....	25
1.3 SOBERANIA E FONTES DO DIREITO.....	34
1.4 JUSTIÇA CRIMINAL: O CASO DO TPI	40
2 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO GARANTISTA?	49
2.1 UMA LEITURA GARANTISTA DO PROCESSO E DIREITO PENAL BRASILEIRO	49
2.2 DOS CÓDIGOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	60
2.3 AS REFORMAS CAUSAIS E O RECRUDESCIMENTO DAS POLITICAS DE CRIMINALIZAÇÃO	74
3 NEOLIBERALISMO E O MOVIMENTO TRANSNACIONAL DE MITIGAÇÃO DE GARANTIAS: A AÇÃO EFICIENTE DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	87
3.1 A EFICIÊNCIA (ANTI)GARANTISTA DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL ..	87
3.2 DIMINUIÇÃO DAS GARANTIAS/DIMINUIÇÃO DOS CUSTOS (VISÃO ECONOMICISTA)/AUMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO	100
3.3 “INOVAÇÕES” LEGISLATIVAS PENAIS E PROCESSUAIS BRASILEIRAS: A POLITICA DE IMPORTAÇÃO TUPINIQUIM.....	109
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
5 ANEXO	132
6 REFERÊNCIAS.....	133

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL. Versa sobre os movimentos de Lei e Ordem que assolam todo o mundo e que, inevitavelmente, acarretam no recrudescimento e expansão do Direito Penal e Processual Penal. Partindo da análise do novo cenário mundial, vislumbra-se que os Estados-nação têm sua soberania relativizada para ceder lugar a uma nova ordem mundial globalizada, em atendimento a ideologia neoliberal. Com a globalização, o discurso neoliberal economicista se fortalece e, sob o pálio da implementação da ação eficiente estatal, com o real fim de eliminar as barreiras para o bom funcionamento do Mercado, surgem os movimentos de mitigação das garantias e direitos constitucionais. Como a busca insaciável do neoliberalismo pelo bom funcionamento econômico estatal – relação custo/benefício – diminui-se o Estado social e, paradoxalmente, pretende-se o aumento do Estado repressivo, com a hipertrofia legislativa penal e processual penal para funcionar como instrumento regulador da liberdade do Mercado. Assim, com este panorama, conclui-se que o neoliberalismo impõe de forma latente o discurso economicista da ação eficiente estatal para, em nome da maximização de riquezas, diminuir as garantias e direitos fundamentais elementares ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Globalização; Transnacionalidade; Neoliberalismo; Soberania; Eficiência.

ABSTRACT

This thesis is inserted into the line of research CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND SET OF PRINCIPLES. Deals with the movements of the Law and Order plaguing the world and, inevitably, result in recrudescence and expansion of the Criminal Law and Criminal Procedure. Based on the analysis of the new world scenario, envisions that the nation states have sovereignty relativized to make way for a new world order in response to the neoliberal ideology. With globalization, the neo-liberal economic discourse is strengthened, and under the canopy of the implementation of effective state action, with the actual order to eliminate barriers to the smooth functioning of the market, there are movements of mitigating safeguards and constitutional rights. As the insatiable quest for the proper functioning of the neoliberal state economic - cost / benefit ratio - decreases the welfare state and, paradoxically, it is intended to increase the repressive state, with the hypertrophy of criminal procedure and criminal law to act as a regulatory tool of freedom of the market. So with this background, we conclude that neoliberalism imposes latently economic discourse of the state for effective action on behalf of the maximization of wealth, reduce the guarantees and fundamental rights to basic democratic state.

Keywords: Globalization, Transnationality, Neoliberalism, Sovereignty, Efficiency.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é pesquisar se existe um movimento transnacional de mitigação de garantias em face da busca da eficiência do processo.

Para a pesquisa foram levantadas a(s) seguinte(s) hipótese(s):

a) A eficiência processual deve ser entendida como um valor maior a ser alcançado independentemente de se mitigar as garantias constitucionais?

b) A denominada eficiência processual se apresenta como um dos meios para se assegurar as garantias constitucionais?

c) Há uma insaciável busca pela ação eficiente que acaba por se manifestar num verdadeiro movimento transnacional de mitigação de garantias?

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com a análise da integração dos Estados, de forma transnacional e, conseqüentemente, o novo sentido a ser referendado ao conceito de soberania, este visto como principal característica do Estado moderno. Neste norte, faz-se uma leitura da nova forma de integração estatal, o qual é fruto de uma globalização do Mercado, e, com isso, o fenômeno da mundialização do Direito que, fatalmente, traz um imbricamento das fontes do Direito. Em seguida, aborda-se o panorama transnacional da Justiça Criminal, passando, especialmente, pela análise do caso do Tribunal Penal Internacional – TPI.

O Capítulo 2 trata de um panorama do Direito Penal e Processual Penal brasileiro, fazendo-se uma leitura se tais se apresentam de forma (anti)garantista, tendo como parâmetro o modelo proposto pela doutrina de Ferrajoli. Dentro deste contexto, faz-se um exame do ordenamento jurídico penal contemporâneo e sua consonância com o modelo proposto pela Constituição Federal de 1988. Por fim, faz-se um levantamento das reformas causais legislativas (im)postas à população,

demonstrando-se o recrudescimento das políticas de criminalização como resposta estatal aos anseios sociais fomentados pela implementação do medo à população em geral face a (nova) onda de violência¹¹.

O Capítulo 3 dedica-se a demonstrar o discurso neoliberal economicista e sua ação eficiente que, passando pela depuração dessa eficiência e a consequência (anti)garantista do Direito Penal e Processual Penal. Em seguida, completando a eficiência neoliberal, passa-se a verificar os movimentos de mitigação de garantias constitucionais que em nome da diminuição de custos – maximização de riquezas – próprio da visão economicista neoliberal, implica na hipertrofia legislativa criminalizadora. Por fim, demonstra-se que este movimento transnacional de mitigação de garantias se manifesta através das “inovações” legislativas penais e processuais penais, típico exemplo de uma política de importação à brasileira.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre os movimentos transnacionais que implicam em mitigação de garantias constitucionais, com o cunho econômico, apresentando reflexões sobre as consequências destes no panorama do Estado Democrático de Direito brasileiro, baseado no paradigma garantista.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo¹²; na fase de Tratamento dos Dados foi o Cartesiano¹³, e as técnicas de investigação utilizadas foram as do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento¹⁴.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

¹¹ Preferiu-se tratar do Direito Penal e Processual brasileiro mas sem adentrar no estudo da Criminologia, a qual, apesar de sua incontestável importância, não encontra espaço dentro deste apertado trabalho acadêmico.

¹² Segundo Luis César Pasold: Método Indutivo é “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. (PASOLD, César Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 124).

¹³ PASOLD, César Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 106/107.

¹⁴ PASOLD, César Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 97/125.

CAPÍTULO 1

TRANSNACIONALIDADE, GLOBALIZAÇÃO E A JUSTIÇA CRIMINAL MUNDIAL

1.1 TRANSNACIONALIDADE E SOBERANIA

A partir dos avanços tecnológicos, com o processo de evolução que a humanidade vem experimentando e, especialmente, com a influencia do capital cada vez mais presente, surgem novos aspectos que influenciam diretamente à relação de convivência, seja esta de forma individual, ou mesmo na forma organizada de materialização, os Estados-nação.

As relações, sejam estas nacionais ou no plano internacional, se mostram complexas e, na medida que novos integrantes se incorporam nestas relações, há uma ruptura com os padrões já solidificados do papel do Estado, interna e externamente e, para isso, necessário se faz compreender quais os paradigmas para esta nova era que esta(rá) plenamente em vigor.

Neste cenário, o Estado, materializado modernamente como uma forma organizada da sociedade dentro de um território delimitado e sobre o manto de sua total soberania, começa a se mostrar limitado/incapaz, por não mais apresentar resultados satisfatórios para uma realidade cada vez mais complexa em suas relações com outros Estados.

Para se compreender o atual fenômeno que abala as relações estatais, é mister trazer à baila o surgimento desta forma atual de Estado, com a verificação da evolução histórica e a fixação das formas fundamentais que tem adotado através dos séculos.

Para melhor conceituar o Estado Moderno primeiramente é preciso saber quando ele surgiu. “A *polis* dos gregos ou as *civitas* e a republica dos romanos eram

vozes que traduziam a idéia de Estado [...].”¹⁵

Já ao final da Idade Média, a partir do século XVIII já se pode constatar os primeiros traços delineadores do Estado Moderno, mas especificamente com sua principal característica, a soberania.¹⁶

O emprego moderno do nome Estado remonta Maquiavel, quando este inaugurou a obra intitulada “O PRINCIPE” asseverando que “Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados e são repúblicas ou principados”.¹⁷

O Estado entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (sustento) e externa (a defesa).¹⁸

Para Vico, “a primeira forma de Estado no sentido próprio da palavra é precedida pelo estado bestial (associal) e pelo estado das famílias, que ainda é um estado social mas não ainda propriamente político”.¹⁹

O conceito de Estado é muito amplo e apresenta divergência em diversos autores, sendo então, o Estado, para muitos, uma forma de sociedade que se molda no decorrer dos tempos. É o poder, ou seja, é ele que comanda as regras a serem cumpridas dentro do seu território, sob o manto de sua Soberania.

O Estado apresenta-se então como sendo uma sociedade necessária

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: 10.ed. Malheiros, 2003, p. 62.

¹⁶ ROESLER, Claudia Rosane; WACHELESKI, Marcelo Paulo. Esfera pública internacional, democracia e direitos humanos. In: STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito internacional sob novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 78.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: 10.ed. Malheiros, 2003, p. 62.

¹⁸ NORBERTO, Bobbio. **Estado Governo Sociedade para uma Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: 6. ed. Paz e Terra, 1997, p. 74.

¹⁹ VICO, G. *De Universi Iuris Uno Principio Et Uno Fine, In li Diritto Universale*. Laterza, Bari, 1936 *apud* NORBERTO, Bobbio. **Estado Governo Sociedade para uma Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: 6. ed. Paz e Terra, 1997, p. 74.

para o exercício de sua soberania sobre uma determinada população, um determinado território – claros limites geográficos – onde cria e executa seu ordenamento jurídico para um bem comum.

Sendo assim, o Estado se organiza em um território onde há diversos tipos de raça, culturas e povos de diferentes pensamentos, sendo estes, fatores de suma importância para a unidade estatal.²⁰

Enquanto que nas lições de Marx “[...] declara o Estado como uma organização coercitiva para que a classe capitalista possa manter-se dona dos meios de produção e explorar a classe proletária”.²¹

PENSARDI afirma que:

O Estado vem a ser, pois, o Poder Político Institucionalizado, e que, como unidade, se conforma por um povo, [...] titular político que ainda mantém o mando originário cujo exercício passa a um governo, como consequência da institucionalização do Poder [...].²²

Por mais que se tente a chegar em um conceito de Estado objetivo sempre haverá um pouco de subjetividade, pois é um ente muito complexo.

Na mesma linha podem ser colocadas as conceituações de Burdeau “o Estado é uma institucionalização de poder”.²³

Tendo em vista todos esses conceitos, pode-se destacar que o Estado sempre tenta buscar um meio para a realização do bem comum – ainda que limitado ao seu território – e nunca um fim para si mesmo.

²⁰ NORBERTO, Bobbio. **Estado Governo Sociedade para uma Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: 6. ed. Paz e Terra, 1997, p. 74.

²¹ MARX *apud* PENSARDI, Mario Arthur. **Iniciação ao Estudo do Estado**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1977, p. 102.

²² PENSARDI, Mario Arthur. **Iniciação ao Estudo do Estado**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1977, p. 107.

²³ BURDEAU, Georges. **A Democracia**. Lisboa: 2. ed. Publicações Europa América, 1969, *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: 20. ed. Saraiva, 1998, p. 116.

Isso fica claramente demonstrado com materialização do Estado Constitucional, no início do século XVIII, firmando-se o princípio da liberdade nas relações sócio-políticas, com o Estado então rumando para o exercício democrático do Poder, salvaguardando os direitos fundamentais e, firmando-se, definitivamente, o Estado Moderno.²⁴

De todos os conceitos e características dessa forma organizada denominada Estado, em pelo menos um aspecto, todos convergem no mesmo sentido, ou seja, o Estado Moderno tem como característica sua manifestação de Poder (da Nação) em um(seu) território, no melhor exemplo monista, por ter sido criado exatamente para a proteção de seus constituintes – o povo.

Ocorre que, hodiernamente, com a mutação das sociedades, impulsionadas principalmente pela economia – pura influência do poder do capital – o Estado vai perdendo flego para conter seus anseios, seja interna ou externamente.

O fenômeno econômico já não guarda mais delimitações territoriais. Os problemas enfrentados por uma determinada nação ecoa, diretamente, em todo o mundo e a economia, especialmente, demonstra sua supremacia ao avançar de forma avassaladora sobre quem quer que esteja a sua frente – para não dizer domínio.

Após a Segunda Grande Guerra, com a célere evolução tecnológica, o aumento cada vez maior das relações comerciais com a supremacia do econômico frente ao Estado-Nação, a reorganização do modo de gestão e de produção – sua desterritorialização –, ou seja, pelo dinamismo político, econômico e jurídico que passa o Estado Moderno, faz surgir um fenômeno intitulado Globalização.²⁵

²⁴ ROESLER, Claudia Rosane; WACHELESKI, Marcelo Paulo. Esfera pública internacional, democracia e direitos humanos. In: STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito internacional sob novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 79.

²⁵ STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton; MAY, Otávia de Oliveira. Da Soberania à Supranacionalidade: o Estado em Transformação. In: STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito internacional sob novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 27.

Pode-se falar que Globalização²⁶ é o fenômeno pelo qual os Estados acabam por se desterritorializar, ou seja, principalmente motivados pela força econômica mundial, esta faz com que os Estados acabam por serem obrigados a deixarem de lado seus “poderes” internos, como nação soberana, para aliar-se a esta nova ordem mundial.

Nestas condições, e também para se apresentarem de forma competitivas no cenário econômico mundial, os Estados (individualmente) são obrigados a se fortalecerem na forma de grupos, o que faz com que as barreiras fronteiriças comerciais desapareçam e, por conseguinte, surja uma nova moeda, comum, numa perfeita relação de interdependência mundial dos Estados-Nação.

Em nome desse avanço (extra)territorial, movido pela força oculta do mercado, a Globalização faz com que o panorama mundial se transforme totalmente, demonstrando que os problemas – e suas consequentes soluções – não mais se circundam a um só Estado, no seu melhor conceito moderno, mas sim, acaba por ter reflexos em todo o mundo como se este fosse um só grande grupo estatal mundial.

O Estado Constitucional Moderno²⁷ perde sua principal característica, ou seja, o poder supremo, sua Soberania dentro de seu território, para dar lugar a uma nova onda de influência mundial que, consequentemente, faz com que esta soberania caminhe para o declínio de seu poderio, claramente dando sinais de exaustão – não mais em compasso com a ordem mundial do mercado.

Assim, a Soberania, a qual, com o fim do Estado Absoluto se transferiu da pessoa do soberano para a própria nação, entendida como a independência do

²⁶ O termo Globalização indica o transbordamento das fronteiras do Estado Constitucional moderno, a partir da hegemonia do capitalismo e do avanço do neoliberalismo. Apesar de questionável, é ainda o melhor termo para caracterizar a mudança global que tomou impulso com a derrocada do comunismo do leste europeu. Conceito proposto por Paulo Marcio Cruz em: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 105.

²⁷ Estado Constitucional Moderno, neste trabalho, “[...] deve ser entendido como aquele tipo de organização política surgida das revoluções burguesas e norte-americana nos séculos XVIII e XIX, que tiveram como principais características a soberania assentada sobre um território, a tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa.” Conceito proposto por Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodnar em CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais*. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

Estado à qualquer interferência de poder externo, fortaleceu-se como manifestação característica do Estado Constitucional Moderno.²⁸

No entanto, com a evolução das sociedades modernas, especialmente pelo fenômeno da globalização – com o pano de fundo estritamente de avanço do capital – o conceito de soberania até então concebido cede espaço a um novo fenômeno, o qual vincula o Estado Constitucional Moderno às obrigações externas, num âmbito internacional, e que afetam por completo as decisões internas do Estado-Nação.

O conceito até então manifesto de Soberania sofre um processo de falência, ao menos nos moldes até então existentes, o qual restringe-se ao poder soberano do Estado-Nação dentro de seus limites territoriais, ignorando a ordem e intempéries internacionais.

Vê-se claramente abalada a forma voluntária de sujeição do Estado às regras/normas internacionais, sujeição esta que se mostrava totalmente inconteste face a imposição do poder supremo estatal – a Soberania. Ocorre que, com a globalização do mercado, como dito, faz com que essa “voluntariedade” do Estado constitucionalmente moderno, até então soberano, ceda espaço a incorporação do Estado por organizações comunitárias transnacionais²⁹, a qual, inexoravelmente, impõe limitações à Soberania do Estado-Nação.³⁰

Essa crise da Soberania estatal, na verdade, deve ser vista sob um outro prisma, ou seja, esta nova ordem globalizada do mercado, e a inevitável adesão dos Estados a estas organizações transnacionais, na verdade, não condenam a soberania estatal à extinção. Há, na verdade, uma maleabilidade deste conceito em prol de um interesse maior, um interesse transnacional.

²⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 84.

²⁹ O termo “transnacionais” significa que os estados nacionais passam a relacionar-se, no âmbito externo, a partir de pressupostos de solidariedade, com a preservação da capacidade de decisão interna, superando o sentido conflitivo e de disputa dos termos “internacional” e “supranacional”. Conceito proposto por Paulo Marcio Cruz em: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 105.

³⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 87.

Neste esteira, tem-se que a existência de uma sociedade Transnacional não se mostra incompatível com a soberania dos Estados, pelo contrario, esta soberania deve ser apenas relativizada mas, de qualquer sorte, fica manifestamente assegurada em razão da voluntariedade dos Estados em submeter-se a essa nova ordem mundial.

Paulo Márcio Cruz afirma que “[...] o Estado Constitucional Moderno assume voluntariamente suas obrigações internacionais, ficando, dessa forma, submetido ao Direito Internacional por sua própria vontade soberana”.³¹

Há então uma necessidade de superação do conceito ultrapassado de soberania para dar lugar a essa nova forma de organização político-jurídica transnacional globalizada.

Assim, a globalização funciona como uma base de sustentação para o surgimento de diversos fenômenos, em especial, a Transnacionalidade que, por sua vez, transforma completamente a realidade dos Estados, vistos até então como soberanos e, via de consequência, de toda a população mundial.

Que o mundo está em constante mutação isso não se questiona e, via de consequência, por força avassaladora do mercado, os Estados-Nação também se veem obrigados a evoluir para uma nova forma de compreensão, onde, inexoravelmente, faz com que sua principal característica – a Soberania – seja relativizado em nome dessa nova ordem Transnacional.

Um dos primeiros fatores que determinaram e efetivamente se fundam como caracterizadores desse novo cenário mundial – transnacional – pode ser constatado com a formação da União Europeia.

A relativização do poder soberano do Estado tornou-se cada vez mais evidente com o fenômeno de integração em comunidades supraestatais, em especial os países europeus ocidentais. O processo de transformação da União Europeia teve como lastro a cessão de competências (Soberania) dos estados-membros para a comunidade transnacional – um traslado de soberania, para se usar

³¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 84/85.

o termo de Paulo Cruz.³²

Cruz adverte ainda que “[...] esse traslado de Soberania supôs que os órgãos de União Européia irão exercê-la de modo a espargir seus efeitos sobre todos os estados-membros e, dentro destes, sobre os cidadãos, impondo-os sobre as normas internas desses Estados.”³³

O principal exemplo disso pode ser visto com as próprias mudanças ocorridas nas Constituições de cada Estado-membro, onde, a mercê de mudanças especialmente econômicas, transferem-se poderes antes tidos como soberanos dentro de cada estado para a união transnacional destes, conferindo assim poderes a todos e, paradoxalmente, excluindo poderes de cada um de forma individual. É o melhor exemplo da erosão do conceito de soberania para um bem (fim) comum transnacional.

Ocorre que essa transferência de competência, a qual é vista como contraditória, faz surgir um novo conceito de soberania que se apresenta de forma relativizada, ou seja, limitada, compartilhada ou parcial, o que é totalmente incompatível com sua própria definição, ainda que somente o valor semântico do termo.³⁴

Assim, visto por outro vértice, essa forma Transnacional de Estado, acaba por minar os fundamentos básicos fomentadores do Estado Constitucional Moderno, pois, sob o manto da mistificação de uma nova forma de Estado Democrático de Direito Transnacional – que visa o bem estar social e a garantia dos direitos fundamentais de maneira supranacional e não individualmente em Estados-Nação – acaba subordinando-o a “[...] um tipo de constitucionalismo mercantil global, não dirigido a controlar os poderes, mas sim a liberá-los, elevando a uma série de interesses corporativos as normas do ordenamento jurídico internacional.”³⁵

³² CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 91.

³³ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 91.

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 95.

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 93.

Essa degradação do Estado Constitucional Moderno faz com que os Estados tenham que coexistir com um Direito não oficial ditado por centros escusos criadores de normas jurídicas, os quais, por seu poderio econômico, disfarçam seus interesses nestas normas, disputando (para não dizer ofuscando) o monopólio da coerção e do Direito do Estado.³⁶

Seria a exata compreensão da formação de um Império, como coloca Negri e Hardt, sustentando que “[...] problemática do Império³⁷ é determinada, em primeiro lugar, por um fato singular: a existência de uma ordem jurídica mundial. Essa ordem é expressa como uma formação jurídica.”³⁸

Nesta diapasão, Rosa afirma que:

[...] não há mais lugar para o Estado-nação entregue ao jogo sem regras de uma globalização neoliberal do pensamento único, sem possibilidade de garantir as normas necessárias ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Surge agora um Direito Flutuante, Reflexivo, com pretensão de universalidade, à mercê do Mercado.³⁹

Com este panorama de Transnacionalidade, com a relativização/interferência completa da soberania do Estado, surge um novo paradigma que deve ser levado a efeito, a Mundialização do Direito.

1.2 TRANSNACIONALIDADE E A MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 93.

³⁷ “O conceito de Império caracteriza-se fundamentalmente pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo Império não tem limites. Antes e acima de tudo, portanto, o conceito de Império postula um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo “civilizado””. In: HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 14.

³⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 21.

³⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito transnacional, soberania e o discurso da *law and economics*. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

Primeiramente é mister estabelecer que o termo Mundialização, no presente estudo, tem o mesmo significado que Globalização, embora exista uma certa discussão sobre diferenças de tais conceitos, vez que é praticamente uníssono os autores que compreendem tais conceitos como sinônimos, sendo preferido o termo “globalização” pelos anglo-saxões, enquanto que os franceses, por exemplo, preferem denomina-lo de “mundialização”.⁴⁰

O que não encontra divergência é que tal fenômeno transforma, por completo, o cenário jurídico mundial, obedecendo aos reclames estatais em uma sociedade globalizada, com problemas e sua consequente busca por solução em um âmbito transnacional, superando os limites territoriais estatais e a soberania dos Estado como nação individual.

Com o clarividente avanço do mercado, as normas jurídicas até então limitadas pela soberania estatal não mais alcançam a dimensão e profundidade das relações sociais contemporâneas entre os Estados. O comércio mundial, com a globalização, ao mesmo tempo que cria diversas oportunidades aos Estados vistos individualmente, alavanca igualmente pontos de divergência que escapam do controle individual destes.

Criou-se, especialmente pelas relações econômicas, uma teia de relação mundial que, indubitavelmente, na mesma voracidade que faz fortalecer o capital e a desterritorialização, enfraquece a soberania dos Estados tido como nação. Neste diapasão, essa perda de soberania dos Estados tidos como nação individual deve também ser visto como um fortalecimento da soberania desses mesmos Estados dentro de um conjunto mundial, ou seja, o fenecimento dos limites geográficos não corresponde a total perda de soberania estatal pois estes devem ser vistos, no atual cenário, como um só grande grupo estatal, formando o chamado Estado Transnacional.

Esse chamado Estado Transnacional é dotado de soberania que, em

⁴⁰ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19.

detrimento da soberania individual estatal, têm sua plena legitimidade pois fora constituído por uma reunião dos Estados para além de suas limitações individuais.

A transnacionalização então não deve ser visto como um fenômeno diametralmente distinto do conceito de globalização pois, como visto, surge no seu contexto, com características que podem viabilizar, ou ao menos deveria, o surgimento de uma nova categoria, o Direito Transnacional.⁴¹

O primeiro fomentador desta nova forma de Direito, o Transnacional, é exatamente o que caracteriza principalmente a mundialização, ou seja, um sistema econômico mundial que escapa do controle dos estados nacionais.

Com isso, ao mesmo tempo que o Estado nacional se enfraquece diante do capital globalizado – especialmente no grau de incapacidade de logística para o enfrentamento de uma crise econômica, ou mesmo sua própria (in)capacidade de administração para evitar desastres ainda mais graves – surge um anseio para o fortalecimento de um Estado Transnacional capaz efetivamente de garantir a estabilidade mundial ante o avanço avassalador do mercado capitalista individual.⁴²

Essa seria um dos principais fatores que legitima esse novo fenômeno da mundialização e, com isso, o amadurecimento de um Estado Transnacional, com o consequente fomento de um Direito Transnacional.

Esse Direito Transnacionalizado seria uma tentativa de manutenção da ordem mundial, especialmente alavancada pela força econômica, com vista de seu fortalecimento frente aos possíveis devaneios dos Estados tidos como nação individual.

Pode-se dizer que esse novo Estado Transnacional se perfaz em um cenário emergencial de um ordenamento jurídico que se forma à margem do monopólio estatal.⁴³ A necessidade de um ordenamento jurídico capaz de solucionar

⁴¹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 16.

⁴² BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. **O império contra-ataca**. Disponível em: <<http://www.eptic.com.br/arquivos/Publicacoes/textos%20para%20discussao/textdisc3.pdf>> Acesso em 24 abril de 2012 às 0:04 horas.

⁴³ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 16.

(ou ao menos tentar) os problemas advindos da globalização do mercado fortalece a criação desse Estado Transnacional e, via de consequência, sua soberania frente os estados nacionais, necessitando assim de um certo “Direito transnacionalizado”.

Na visão de Hardt e Negri, essa forma de Estado Transnacional pode (deve) ser compreendido como o que eles denominam de “Império”.⁴⁴

Os autores continuam asseverando que Império, em contraste com o imperialismo, não estabelece um centro territorial de poder nem se baseia em fronteiras ou barreiras fixas. É o aparelho de descentralização e desterritorialização do capital que incorpora gradualmente o mundo inteiro dentro de suas fronteiras abertas e em expansão.

Com efeito, o capital se desterritorializa, a produção de mercadorias vem se transformando em produção biopolítica ou em produção da própria vida social, na qual o econômico, o político e o cultural se sobrepõem e completam.

A problemática que deriva, então, está fundada em como deve se materializar o Direito, num âmbito transnacional, capaz de atender, de forma plena, os contratempos manifestados no atual cenário de mercado globalizado.

Negri e Hardt, traz a lume o que Kelsen sustentava, qual seja, uma noção de Direito em que “[...] os Estados individuais possam ser vistos juridicamente como entidades de igual categoria [...]” e um “estado mundial e universal” possa ser formado, organizado como “comunidade universal superior aos Estados individuais, envolvendo-os a todos como uma capa”.⁴⁵

Porém, os autores descontroem tal o pensamento intitulando-o como uma “utopia fantástica” pois, a transição que se preocupam é a “[...] brecha entre o conceito formal que sustenta a validade do processo jurídico numa fonte supranacional e a realização material desse conceito.”⁴⁶

⁴⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 12.

⁴⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 23.

⁴⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 24.

Nesta tocada deixam a seguinte indagação: “Que poder político existe ou pode ser criado, pergunta ele, que seja adequado à globalização das relações econômicas e sociais? Que fonte jurídica, que norma fundamental, e que comando podem apoiar uma nova ordem e evitar o iminente mergulho na desordem global?”⁴⁷

No mesmo passo de descaracterização do ente estatal – com a especial falência de sua soberania territorial – surgem novos sujeitos que disputam o poder num âmbito mundial. Habermas, citado por Stelzer, assevera que “[...] *surgiram as corporações multinacionais como fortes concorrentes dos estados nacionais. Mas esse deslocamento de poder deixa-se compreender conceitualmente melhor em termos de uma teoria dos meios do que em uma teoria do poder: o dinheiro substitui o poder.*”⁴⁸

Surgem então, no cenário da transnacionalidade, diversos entes de decisão econômico e político que buscam comandar o sistema, fragilizando completamente o Estado nacional – tudo em nome do capital.

É verdade que esse enfraquecimento deve ser visto por diversas faces. No dizer de Stelzer, as alianças transnacionais dos Estados podem ser vistas como uma verdadeira estratégia pois, “[...] em algumas situações o Estado resiste, em outros panoramas o Estado sucumbe diante das forças econômicas transnacionais e, ainda em outro, o Estado faz parte da transnacionalidade.”⁴⁹

A sociedade mundial nos remete a um novo mundo, um novo espaço sem limites territoriais, um espaço transnacional. Via de consequência, estabelece-se uma diferença “[...] de poder da política nacional-estatal e as possibilidades de atuação sócio-mundial.”⁵⁰

A Transnacionalidade do Direito surge então no cenário da globalização

⁴⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 26.

⁴⁸ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33. Destaque no original.

⁴⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

⁵⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** equívocos do globalismo: resposta à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 190.

do mercado e as consequentes relações de comércio entre os Estados.

Essa transnacionalidade tem como base, especificamente, na seara do comércio mundial, na categoria da nova *lex mercatoria*, ou, no cenário do comércio regional, no mercado comum europeu. Como *lex mercatoria* os comerciantes buscam novas fórmulas jurídicas para as lides diárias. O Estado, mostrando-se incapaz de atender as exigências e especificidades do comércio além das fronteiras territoriais acaba por admitir uma nova ordem normativa transnacional paralela ao monopólio soberano.⁵¹

Já no contexto da Comunidade Europeia, a título de exemplo, há a formação de um espaço único capaz de competir de forma global, com o livre circulação de mercadorias, para a formação de um mercado único e competitivo. Assim, neste cenário de relações transnacionais, “[...] emerge um Direito que se adapta ao seu tempo.”⁵²

Neste norte, tem-se como agentes principais dessa Mundialização do Direito, os juízes, pois, estes, no dizer de Garapon e Allard:

[...] são impelidos pelo sentimento ou a consciência crescente de um patrimônio democrático ou civilizacional comum, por determinados silêncios do direito positivo, pelas necessidades dos tribunais internacionais, pela construção europeia ou ainda pela procura de garantias e de segurança para o comércio internacional [...].⁵³

Por serem simultaneamente funcionários públicos e juristas independentes, além de serem responsáveis pela execução de um direito estatal e participantes na discussão de um direito global, os juízes desenvolvem uma função fundamental no movimento de mundialização, o papel de interligação deste em prol

⁵¹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50.

⁵² STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50.

⁵³ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 30.

da construção de um Direito Transnacional.⁵⁴

Esse panorama faz surgir uma nova categoria jurídica, o “comércio entre juízes”, conceito este proposto por Garapon e Allard como sendo sinônimo das duas facetas da Mundialização do Direito, ou seja, “[...] *é simultaneamente uma rede de trocas, intercâmbios, e uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas, corteses e serenas, uma <<dependência recíproca dos homens>>.*”⁵⁵

Essa comunicação entre os juízes (comércio) pode se materializar de diversas formas, quer na relação vertical, com a criação de um tribunal supranacional, ou ainda na relação horizontal – coordenação operacional, com trocas de experiências, consultas a jurisprudências, tudo para o alcance da melhor solução ao caso apresentado.⁵⁶

Porém, neste norte, surge o questionamento que não se encontra perfeitamente decifrável, qual seja: “Será que é possível ver neste comércio judicial, que se enriquece e se intensifica, as premissas de uma nova ordem mundial?”⁵⁷

Os autores citados colocam que não se faz necessário a criação de um novo sistema, superior hierarquicamente a todos os Estados tidos como nação individual, mas sim o fortalecimento da relação de intercâmbio (comércio) entre os tribunais dos diversos Estados na busca das soluções que acabam por transcender os interesses individuais.

“Não se espera que os juízes e os tribunais sejam, como se verifica num sistema, os agentes passivos de uma ordem jurídica, mas sim, pelo contrário, os intervenientes activos num comércio em constante evolução.”⁵⁸

⁵⁴ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 113.

⁵⁵ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 09. Destaque no original.

⁵⁶ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 19.

⁵⁷ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 30.

⁵⁸ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 36.

Assim, a Mundialização do Direito vai se tornando, cada vez mais, uma nova dimensão do próprio Direito interno dos Estados, onde, frente aos anseios e problemáticas que emergem, principalmente pela forma globalizada do mercado de capital, fortalece os poderes do próprio sistema interno dos Estados, em uma desterritorialização da soberania nacional em prol do fortalecimento de uma nova ordem mundial, o Estado de Direito Transnacional.

No entanto, o que não deve deixar de ser trazido à baila, é o verdadeiro fundamento de aceitação pelos juízes, e em consequência os Estados tido como nação soberana, onde acabam por “aceitar” as interferências de outros Estados ou mesmo dessa ordem globalizada, o que vai de encontro diretamente com sua própria soberania. Qual o real fundamento que circunda tal situação?

Garapon e Allard levantam esse panorama deixando algumas indagações a serem respondidas: [...] que fator impele estes intercâmbios entre os juízes? O que leva um tribunal a analisar um processo quando não é juridicamente obrigado a fazê-lo? De igual modo, o que incita um determinado Estado a subscrever uma convenção que, aparentemente, lhe irá retirar uma pequena parte da sua soberania?”⁵⁹

Esses questionamentos são, principalmente o pano de fundo que sustenta todo o atual panorama mundial provocado pela forma globalizada de avanço do capitalismo, ensejando a criação deste Estado Transnacional.

Essa mundialização da justiça – que explicitamente busca os interesses dos países que estão no comando (poderosos econômicos), que constituem o Império⁶⁰, - para se usar a terminologia de Negri e Hardt – é, basicamente, alimentada, “[...] por uma resposta a diversas necessidades, primeiro que tudo, e um objeto ético, em segundo lugar.” Portanto, essa mundialização da justiça se mostra fundada em dois alicerces centrais, quais sejam, a dimensão funcionalista e a

⁵⁹ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 37.

⁶⁰ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 12.

dimensão pautada no domínio dos direitos fundamentais.⁶¹

Por dimensão funcionalista (respostas a diversas necessidades) pode-se vislumbrar a Mundialização da Justiça, e a consequente necessidade desse “comércio entre os juízes” como sendo uma forma de reduzir os custos de uma transação, – especialmente econômica – além de garantir maior segurança nos intercâmbios entre os Estados, com uma linguagem comum, aumentando assim o volume do Direito que lhe corresponde.⁶²

Quanto mais avança o capital, num cenário completamente globalizado, aumenta, de forma geométrica, as divergências e necessidades dos Estados ditos mundializados. Neste cenário, quão maior são essas relações transnacionais, maior são os dissabores que emergem de tais relações, clamando, assim, para um Direito Transnacional – que transcenda os limites territoriais e de soberania dos Estados – para a superação dos entraves que possam surgir neste campo, dando com isso uma maior segurança à “todos” os envolvidos.

A outra face da Mundialização da Justiça pode ser constatada na extensão do domínio dos direitos fundamentais. Busca-se, com isso, dar corpo a uma nova ordem pública global mínima, uma espécie de objetivo regulador do Direito Transnacional, tendo como especial objetivo uma “nova imanência dos direitos do homem” donde deve arraigar os direitos fundamentais às reivindicações políticas.⁶³

Ainda que no campo econômico não se vislumbre exatamente esse panorama, a construção do Direito Transnacional surge como um meio simbólico pacificador das relações entre os Estados, em prol do fomento dos direitos fundamentais.

Allard e Garapon, alertando sobre a temática desenvolvida chamam a atenção para o fato de que “[...] este objetivo de justiça, que se supõe alimentar a

⁶¹ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 37/38.

⁶² ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 38.

⁶³ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 38/41.

mundialização orientada para os direitos fundamentais, é movido tanto por uma vontade de dominação como pela esperança de um mundo comum, desejos estes que são, no fundo, indissociáveis.”⁶⁴

Assim, temos que essa Mundialização do Direito se apresenta de “[...] forma paradoxal: por um lado, aspira a pacificar as relações no plano global, mas por outro, aviva as tensões entre sistemas jurídicos e entre culturas judiciais.”⁶⁵

Essas tensões e, igualmente, a influência dessa forma de Direito dito Transnacional aos Estados-nação, faz com que estes, inexoravelmente, sofram uma perda cada vez maior de soberania, em nome de uma “utópica” garantia de soberania transnacional e, conseqüentemente, desautorizam as próprias fontes do direito nacional, numa verdadeira mudança de paradigma.

1.3 SOBERANIA E FONTES DO DIREITO

A economia globalizada e, especialmente, as consequências advindas desta, faz com que, como visto, almeje-se a necessidade da criação de um Estado Transnacional – o qual já se encontra materializado especialmente no âmbito econômico – e, conseqüentemente, o estabelecimento de um sistema de justiça único, transcendente a ideia de Estado individual soberano, ou seja, o fortalecimento da Mundialização do Direito.

Os Estados e “[...] a multidão terá de inventar novas formas democráticas e novos poderes constituintes que um dia nos conduzirão através e além do Império”⁶⁶, ou seja, o fenecimento dos limites fronteiriços fortalece essa Mundialização do Direito num cenário de Estado Transnacional para (tentar) solucionar os conflitos e divergências surgidas dessa nova forma de apresentação

⁶⁴ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 42.

⁶⁵ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 115.

⁶⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 15.

cosmopolita globalizada.

Deve-se, porém, gizar as duas concepções dessa nova ordem mundializada do Direito, as quais se apresentam (de forma subliminar) completamente opostas, como sendo:

[...] a primeira delas é a noção de que a ordem atual surge, de alguma forma, *espontaneamente* da interação de forças globais radicalmente heterogêneas, como se essa ordem fosse um concerto harmonioso orquestrado pela mão neutra e oculta do mercado mundial; a segunda idéia de que a ordem é ditada por uma única potência e um único centro de racionalidade *transcendente* para as forças globais, guiando as diversas fases de desenvolvimento histórico segundo um plano consciente e onisciente, algo assim como uma teoria conspiratória da globalização.⁶⁷

Não se pode ficar inerte para o fato de que, essa nova ordem mundializada do Direito nada mais é do que a massificação do “[...] projeto capitalista de unir o poder econômico ao poder político, para materializar, em outras palavras, uma ordem convenientemente capitalista.”⁶⁸

Num só tempo, a medida que avançam as relações econômicas entre os Estados – no modelo globalizado –, emerge destas conflitos e situações de crise e desavenças, e, assim, faz com que os Estados clamem (fortaleçam a já existente) por uma ordem que transcenda a soberania estatal individual para a nova ordem mundial do Direito – Transnacional.

É nesse panorama que se fortalece e, acima de tudo, se legitima o poder único transnacional determinado, superando assim os limites geográficos de soberania dos Estados, vez que estes, dentro de tais limites, se mostram falíveis a solução dos novos conflitos mundiais. “Muitos dos poderes do Estado Constitucional Moderno, como o de legislar, tributar ou julgar, hoje já não alcançam os âmbitos de

⁶⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 21.

⁶⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 26/27.

poder transnacionais.”⁶⁹

Paradoxalmente, o que se vislumbra no atual cenário mundial, com o necessário fortalecimento desse poder único transnacional, é o retorno aos preceitos levantados por Kelsen, ou seja, uma espécie de positivismo jurídico, fundado num conceito de um ordenamento jurídico fiel a uma norma fundamental, de poder supremo, onde exerce não só a função de controle e legitimação deste ordenamento jurídico mas também (principalmente) um meio de coerção, o qual relativiza, portanto, a soberania dos Estados-nação.

A problemática que emerge com o fortalecimento do Estado Transnacional e a consequente mundialização do Direito está na deslegitimação da soberania estatal, em prol dessa soberania transnacional, e a relativização (superação) das reais fontes legitimadoras do Direito nacional.

Em nome dessa solução de conflitos surgidos especialmente pela economia globalizada, o Direito Transnacional é cada vez mais legitimado, ganhando o *status* de valor supremo, superior inclusive aos poderes internos dos Estados-nação, reconfigurando, inclusive, a lei interna de cada Estado, sem se preocuparem com as fontes que emergiram o Direito de cada Estado.

A medida que os Estados, tidos individualmente, “transferem” os poderes estatais supremos a organismos externos de controle – na concepção de um Direito Transnacional – estes, ao mesmo tempo, cedem espaços para essa nova ordem mundial as quais interferem, diretamente, nas normas nacionais (soberania), ignorando suas fontes legitimadoras, num exato desenvolvimento do intitulado “direito de intervenção”⁷⁰.

“O que está por trás dessa intervenção é um permanente estado de emergência e exceção justificado pelo apelo a valores essenciais de justiça. Em outras palavras, o direito de polícia é legitimado por valores universais [...], a ética, a

⁶⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 90.

⁷⁰ O termo “direito de intervenção” é “[...] geralmente concebido como o direito ou o dever que têm os senhores dominantes da ordem mundial de intervir em territórios de outros senhores no interesse de prevenir ou resolver problemas humanitários, garantindo acordos e impondo a paz.” Conceito proposto por Negri e Hardt em: HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 35.

moralidade e a justiça ganham novas dimensões.”⁷¹

Esse fenômeno, portanto, encontra resistência para ser aceito no âmbito nacional como parte da realidade cotidiana do Estado-nação pois, em nome dessa relativização da soberania dos Estados, com a desterritorialização das relações humanas, motivados ainda pelo avanço econômico avassalador, extremamente capitalista, manifesta-se a emergência de novos sujeitos que disputam o poder no cenário mundial.

E essa disputa, inexoravelmente, tem por relativizar – para não se dizer ignorar – as fontes primeiras que constituem e legitimam o direito interno dos Estados, numa flagrante crise de soberania existencial.

O Direito transnacional apresenta-se, então, como um ordenamento jurídico originado e exercido à margem da soberania dos Estados-nação, independente do reconhecimento externo ou mesmo a recepção formal interna, pois, se utiliza, indubitavelmente, de sanções econômicas-comerciais para seu efetivo cumprimento.⁷²

Neste contexto de crise, amadurece um cenário receptivo para o surgimento de novas instituições políticas e jurídicas que busquem a articulação solidaria e cooperativas envolvendo as pessoas, instituições e estados na luta pela proteção de bens e valores imprescindíveis para assegurar a vida plena e duradoura do planeta.

Cruz e Bodnar, discorrendo sobre essa nova tendência capitalista mundial, em especial a incapacidade do Estado em responder às atuais demandas de uma sociedade de risco globalizada, asseveram que:

Por essas questões econômicas, o Estado e o Direito transnacionais estariam – por entre as soberanias e com fontes normativas, originadas além das fronteiras nacionais –, destinados a regular os atuais contextos

⁷¹ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 35/37.

⁷² STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 37.

globais, que atualmente não se submetem ao reconhecimento externo ou à recepção formal pelos estados e que utilizam sanções econômicas aleatórias para alcançarem seus objetivos, caracterizando um ambiente de completa renúncia aos parâmetros mínimos de humanidade.⁷³

Este cenário, nada mais é que a validação do discurso neoliberal o qual fora alçado a uma condição existencial dos Estados globalizados, com uma noção de “capitalismo democrático”, ou seja, a impossibilidade de democracia sem o capitalismo, sendo apresentado assim como uma nova ordem mundial. No discurso manifesto, qualquer intervenção ditas humanitárias, na verdade, se camuflam os interesses econômicos.

Esta “[...] *revolução democrática global* se desenvolve a partir da construção de um discurso único, sem alternativas, ou seja, do capitalismo vencedor [...], ao qual todos devem se adaptar, sob pena de ineficiência.”⁷⁴

Rosa apresenta o surgimento de um novo princípio jurídico: “*o do melhor interesse do mercado*”, sustentando uma “[...] pretensa legitimidade da implementação dos ajustes estruturais mediante reformas constitucionais, legislativas e normativas executivas”, tendo o Direito – Transnacional – como o meio para se atender o fim precípua, o crescimento econômico, sem os riscos e diminuindo os custos inerentes de todas as transações.⁷⁵

O citado autor continua afirmando que esse fenômeno de mercado globalizado faz destruir os ordenamentos jurídicos internos com diversas estratégias, quais sejam:

a) Criação de Órgão Supranacionais (OMC, dentre outros), nos quais as

⁷³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 69.

⁷⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito transnacional, soberania e o discurso da *law and economics*. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 77. Destaque no original.

⁷⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito transnacional, soberania e o discurso da *law and economics*. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78. Destaque no original.

decisões não são legitimadas por qualquer processo democrático; b) Validade das normas internacionais sobre o direito interno, para além da noção clássica de Soberania, abrindo-se as portas pelo discurso dos Direitos Humanos; c) reflexibilidade da estrutura do ordenamento jurídico interno; d) Poder de conglomerados e do capital financeiro que circula sem limites, em face dos Estados.⁷⁶

Com esse avanço do mercado globalizado, e o iminente surgimento de um Estado Transnacional, como visto, tem como principal característica a mitigação da soberania dos Estados-nação. E com o mercado mundial ditando as regras do jogo, é que se manifesta, claramente, o imbricamento entre as tradições do *civil law* com o *common law*, para se utilizar da expressão de Alexandre Rosa.

A pretensão de se formalizar uma unificação do discurso mundializado, faz uma mudança radical no sistema judicial nacional para o fortalecimento de uma nova ordem – Direito mundializado – onde o critério deixa de ser somente o jurídico e passa a ser estritamente econômico, com claras mudanças nas tradições jurídicas, em suas fontes, inclusive as de caráter filosóficas.

Materializa-se assim, com essa nova ordem mundializada, uma relativização dos reais fundamentos que compõe o Direito dos Estados-nação para a implementação de um discurso único nitidamente economicista, pois, com o “[...] critério rígido da eficiência econômica a resposta esta garantida, não obstante se conteúdo variável no tempo, espaço e contexto. É a tradução do discurso único no campo do Direito.”⁷⁷

Com isso, nessa relativização dos Estados para a formação de um novo Estado Transnacional – Direito Transnacional – há uma flagrante perda da Soberania estatal. A noção de Estado perde seu lugar de Referência, tendo seu posto substituído pelo Mercado o qual, por suas características de liberdade extremada, sem regras aparentes, sustentam, cada vez mais, a fusão “forçada” de

⁷⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito transnacional, soberania e o discurso da *law and economics*. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

⁷⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito transnacional, soberania e o discurso da *law and economics*. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 86.

tradições jurídicas nacionais, a qual, indubitavelmente, fomenta esta perda de referentes.⁷⁸

Assim, os juízes, como protagonistas do processo decisório, valem-se de argumentos expendidos noutras tradições para decidir temas internos como verdadeiros cânones de um julgamento justo e imparcial – em nome de um direito mundializado –, desprezando os reais fundamentos sociais e culturais inerentes aquele fato e àquela nação.

Apresentam-se como uma nova ordem mundial mas que, deve ser revisitado por duas miradas: uma de carácter estritamente complementar, e outra, por uma subversão da ordem posta, desprezando os direitos fundamentais em nome de uma eficiência puramente econômica do mercado mundial, uma interferência nítida na esfera do indecidível⁷⁹ de Ferrajoli.

Tem-se que esta Mundialização do Direito guarda uma problemática de maior consequência, pois os “[...] juízes não se encontram apenas na vanguarda da elaboração de um direito comum ou de uma espécie de *esperanto* judicial, eles podem igualmente ser os instrumentos de uma luta de influência muito mais azeda”⁸⁰, o que, ademais, é constantemente vislumbrado quando se foca na Justiça Criminal Mundial.

1.4 JUSTIÇA CRIMINAL: O CASO DO TPI

Com o conceito de Estado firmado na ideia central de povo, sendo este a forma organizada da sociedade por seus constituintes, surge também a preocupação da formação dos Direitos Fundamentais, legitimando assim a proteção de seus constituintes.

⁷⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito transnacional, soberania e o discurso da *law and economics*. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 91.

⁷⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus Editora, 2002, p. 27.

⁸⁰ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 43. Destaque no original.

Na primeira metade do século XX, especialmente no pós-guerra, vislumbrou-se uma certa necessidade de controle do próprio Estado, prevendo a possibilidade deste voltar-se contra seus próprios constituintes, seus direitos e interesses.

Exsurge assim o interesse de (maior) proteção dos Direitos Humanos e com isso, a inspiração para os Estados à adesão dos Tratados Internacionais, bem como para a inserção da proteção aos Direitos Humanos em suas cartas constitucionais – elevando-os a categoria de Direito Fundamental.

Os Direitos Humanos têm como finalidade o reconhecimento e a proteção dos direitos de todo o ser humano em suas diferentes dimensões, com especial fundamento à proteção da dignidade da pessoa humana, mais especificamente através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e posteriormente para a vigente Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Ocorre que com a Declaração de 1948 preconizando os direitos individuais e coletivos, sem esquecer-se dos econômicos sociais e culturais, objetivando garantir proteção de tais direitos de forma internacional (contexto e terminologia utilizada à época), acaba por transcender os limites dos Estados tido como parte/signatários de tais tratados (internacionais) para emergir uma proteção única, universal.

Neste caminhar, resta cristalino que no âmbito de proteção dos direitos humanos, como princípio filosófico de tais declarações, a preocupação destes supera, principalmente, os limites territoriais dos Estados-nação, tendo como consequência a relativização da soberania destes em prol da proteção destes direitos em caráter transnacional.

O foco de interesse por tal proteção se transmuda de nacional/individual para o âmbito transnacional.⁸¹

Neste cenário, sendo apontado como um dos pressupostos para a

⁸¹ ROESLER, Claudia Rosane; WACHELESKI, Marcelo Paulo. Esfera pública internacional, democracia e direitos humanos. In: STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito internacional sob novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 79.

aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Piovesan aponta duas importantes considerações:

[...] a revisão da noção tradicional de soberania, admitindo-se intervenções no plano nacional para proteção dos direitos humanos, e com isso, permitindo-se novas formas de monitoramento e responsabilização internacionais; e a concepção de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos.⁸²

Apesar da incontestável importância da criação de um órgão transnacional que obrigue os Estados, vistos individualmente, a se agasalharem nesse fim transnacional, superando a restrição geográfica territorial, é importante também debruçar-se sobre a consequente interferência dessa nova ordem mundial no âmbito nacional, a qual, sob o argumento de proteção dos direitos coletivos humanos, dá margem a uma interferência que igualmente limita os poderes/direitos, ignorando a soberania dos Estados-nação, podendo até oferecer certa restrição/punição destes no cenário mundial.

Ocorre que não se pode deixar de lado que como pano de fundo de toda essa nova ordem mundial globalizada existe os interesses econômicos capitalista e estes, indubitavelmente, está centrado nas mãos de poucos tidos como poderosos, disfarçando-se, muitas vezes, em nome de uma falaciosa “preocupação mundial”.

[...] a abertura de um espaço judicial transnacional, mais ou menos incentivado pelos Estados, permite, por um lado, acelerar o processo da justiça penal internacional e, por outro, colocar os países mais fracos sob o domínio acrescido dos mais fortes.⁸³

⁸² PIOVESAN, Flávia. *Apud* ROESLER, Claudia Rosane; WACHELESKI, Marcelo Paulo. Esfera pública internacional, democracia e direitos humanos. In: STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito internacional sob novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 79.

⁸³ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juizes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 45.

Esse panorama é visto com mais nitidez na Justiça Criminal e, via de consequência, se pode apontar a criação de órgãos transnacionais de proteção aos Direitos Humanos, tendo como principal exemplo o Tribunal Penal Internacional - TPI.

A criação do Tribunal Penal Internacional – como um órgão transnacional – bem como essa necessidade de proteção dos Direitos Humanos elevados a categoria transnacional, não traduz a realidade de um único Estado, mas sim de todos, vistos coletivamente e de forma mundializada, mas deve, obrigatoriamente, ser visto por duas miradas, quais sejam: sua real função de proteção dos direitos de toda a humanidade, ou o contrário, possibilitar a interferência dos que estão no comando – especialmente de caráter econômico – no próprio Estado, ignorando sua soberania, com uma nítida restrição de poder.

Fica, portanto, a pergunta lançada por Allard e Garapon: “[...] sobre que motivos, para além do seu mérito e da sua boa vontade, poderão impelir os juízes a comercializarem entre eles através das fronteiras”⁸⁴? Esta talvez seja o cerne de toda a problemática surgida com a Mundialização do Direito e a criação, na esfera criminal, de órgãos de controle transnacionais.

Um dos melhores exemplos desses órgãos de controle, no âmbito criminal, como visto, é a criação do Tribunal Penal Internacional, mas este é precedido de alguns outros órgãos com fins específicos que legitimaram, assim, essa forma de controle transvestido em garantia dos Direitos Fundamentais de toda a população mundial globalizada.

Pode-se dizer então que, de certa forma, o Tribunal Penal Internacional teve como seus precursores a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembleia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1789.⁸⁵

Em ambas as declarações se vê nítida a preocupação com os direitos dos

⁸⁴ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 60.

⁸⁵ CRUZ, Paulo Márcio; DECOMAIN, Pedro Roberto. **Direitos fundamentais e sua proteção em âmbito internacional**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/decomain7.htm> - DECOMAIN> Acesso em: 15 abril 2012.

indivíduos, vistos de forma individual dentro do coletivo, em especial, o direito de liberdade, em detrimento do poder estatal. Esse reconhecimento dos direitos dos cidadãos, com maior ênfase ao direito da liberdade, como dito, acaba proliferando por todo o mundo através da promulgação das Constituições dos diversos países, o que no Brasil não é diferente, sendo a citada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 repetida praticamente em sua plenitude na Constituição Federal de 1988.⁸⁶

“Em tempos recentes, a afirmativa da existência de direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana, passou do âmbito interno dos Estados, para o âmbito internacional.” Neste particular, tem-se a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁸⁷

José Damião de Lima Trindade, citado por Cruz, afirma que:

[...] por um lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inaugurou o direito internacional dos direitos humanos (até então não havia nenhum documento internacional que se dedicasse ao assunto com tanta abrangência e importância) e, por outro, fundou a concepção contemporânea de direitos humanos que, ambiciosamente, visa integrar os direitos civis e políticos, que vinham se desenvolvendo desde o século XVIII (especialmente após a Declaração francesa de 1789), aos chamados direitos econômicos, sociais e culturais, demandados nos séculos XIX e XX pelo movimento operário (e que se instalaram definitivamente na cena mundial após a Declaração russa de 1918).⁸⁸

Com isso, apresenta-se de extrema necessidade descobrir como fazer com que o direito previsto nos diversos tratados e normas de garantias aos direitos

⁸⁶ CRUZ, Paulo Márcio; DECOMAIN, Pedro Roberto. **Direitos fundamentais e sua proteção em âmbito internacional**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/decomain7.htm> - DECOMAIN> Acesso em: 15 abril 2012.

⁸⁷ CRUZ, Paulo Márcio; DECOMAIN, Pedro Roberto. **Direitos fundamentais e sua proteção em âmbito internacional**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/decomain7.htm> - DECOMAIN> Acesso em: 15 abril 2012.

⁸⁸ TRINDADE, José Damião de Lima. História social dos direitos humanos. São Paulo: Editora Fundação Petrópolis, 2002. *Apud*: CRUZ, Paulo Márcio; DECOMAIN, Pedro Roberto. **Direitos fundamentais e sua proteção em âmbito internacional**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/decomain7.htm> - DECOMAIN> Acesso em: 15 abril 2012.

humanos sejam devidamente efetivados na relação dos cidadãos para com os Estados e, conseqüentemente, como fazer para que o Estado salvaguarde tais direitos e liberdades, os quais, vez ou outra, são objetos de violação deste mesmo Estado tido como garantidor.⁸⁹

Estas condições, num âmbito transnacional, somente estará devidamente assegurado quando houver mecanismos transnacionais de garantia dos direitos dos cidadãos contra o Estado, impondo-se e sobrepondo-se sobre a soberania dos Estados-nação, o que, pode ser visto com mais precisão com o reconhecimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a criação de órgãos para sua legitimidade de forma transnacional.

Um dos melhores exemplos de tais órgãos transnacionais é o Tribunal Penal Internacional, o qual teve seu Estatuto aprovado em Roma e cujo texto, depois de aprovado pelo Congresso Nacional do Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, foi promulgado pela Presidência da República por meio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.⁹⁰

Já em seu artigo primeiro se destaca a importância de proteção dos direitos humanos no plano transnacional e, como não deveria deixar de ser, a nítida condição para a interferência – relativização – na soberania dos Estados-nação por parte dos que estão no comando – Império para se usar a terminologia de Negri e Hardt⁹¹ – em nome da garantia de proteção a tais direitos.

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o

⁸⁹ CRUZ, Paulo Márcio; DECOMAIN, Pedro Roberto. **Direitos fundamentais e sua proteção em âmbito internacional**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/decomain7.htm> - DECOMAIN> Acesso em: 15 abril 2012.

⁹⁰ Decreto nº 4388/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 26 abril 2012.

⁹¹ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.⁹²

Como visto, o primeiro artigo do Estatuto prevê, também, que a competência do Tribunal Penal Internacional – TPI é dividida em dois tipos, ou seja, a primeira de caráter próprio, os crimes diretamente nele previstos (artigo 5º e seguintes), e a segunda competência jurisdicional de caráter suplementar a já disciplinada nos tratados internacionais em que os países sejam signatários.

O citado Tribunal tem competência própria, ou seja, foi criado para o “[...] processo e julgamento dos crimes de guerra, dos crimes contra a humanidade, do crime de genocídio e do crime de agressão”, conforme se extrai claramente de seu artigo 5º, *in verbis*:

[...]

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.⁹³

A gênese do Tribunal Penal Internacional está intimamente ligado com os tribunais do pós-guerra de Nuremberg e Tóquio, os quais, depois das atrocidades que ocorreram no período da Segunda Grande Guerra e, principalmente, pela ausência de tipificação penal para aqueles crimes a época ocorridos, aliado ainda a inobservância de princípios basilares do direito penal e processual penal (legalidade, anterioridade e devido processo legal), clamavam para a criação de um Tribunal que

⁹² Artigo 1º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 26 abril 2012.

⁹³ Artigo 5º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 26 abril 2012.

salvaguardassem os Direitos Humanos no cenário mundial.⁹⁴

Por força das gritantes violações dos direitos fundamentais ocorridas na Iugoslávia e Ruanda, o Conselho de Segurança das Nações Unidas (ONU) estabeleceu dois tribunais *ad hoc* para o processo e julgamento dos responsáveis pelas atrocidades ocorridas naqueles territórios. Tais Tribunais foram criados, no entanto, sem os vícios cometidos nos julgamentos de Nuremberg e Tóquio, o que, ao final, tornou-se o precedente que serviu de inspiração final para a criação do Tribunal Penal Internacional – TPI em Roma.⁹⁵

Os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio foram instituídos para julgar dirigentes políticos e militares das potências derrotadas da Segunda Guerra Mundial, que se recusaram a aceitar algumas situações levantadas pelos vencedores, quais sejam, o cumprimento de ordens superiores, a prática de atos de soberania e a tomada de medidas ditadas pela necessidade militar.⁹⁶

No entanto, essas medidas não foram capazes de impedir que os criminosos continuassem a agir livremente, impunes, quando então se viu necessário a interferência na antiga Iugoslávia – na luta de sérvios contra croatas e outras etnias – e, igualmente em Ruanda – onde extremistas lutam pela disputa de território.⁹⁷

Esses tribunais foram vistos como uma verdadeira evolução social pois, com estes, seria possível a punição de condutas que poderiam não ser consideradas crimes dentro do território nacional onde estivesse ocorrendo mas, no entanto, ser considerado crime em um plano internacional, justificando assim a

⁹⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre; VALLE, Juliano Keller do. A teoria do garantismo jurídico aplicada às decisões do tribunal penal internacional. In: STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito internacional sob novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 142.

⁹⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre; VALLE, Juliano Keller do. A teoria do garantismo jurídico aplicada às decisões do tribunal penal internacional. In: STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito internacional sob novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 143.

⁹⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av. vol.16 no.45 São Paulo May/Aug. 2002**. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142002000200012>> Acesso em: 22 abril 2012.

⁹⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av. vol.16 no.45 São Paulo May/Aug. 2002**. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142002000200012>> Acesso em: 22 abril 2012.

interferência na soberania estatal para processar e julgar tais situações.

Por isso, e também para evitar a seletividade decorrente dos tribunais *ad hoc*, os quais dependem do Conselho de Segurança da ONU – e neste cinco países poderosos têm poder de veto – é que ficou claramente demonstrado a real necessidade da criação de um tribunal permanente, o Tribunal Penal Internacional – TPI.

O Tribunal Penal Internacional possui algumas particularidades, as quais, visivelmente, servem de base de sustentação para legitimar a sua atuação de interferência e sobreposição aos Estados-nação no mundo globalizado, as quais devem ser destacados os princípios diretores e igualmente sua competência jurisdicional, além, é claro, a previsão legal de criminalização das condutas que já foram devidamente demonstrada.

Falta então, para encerrar, analisar os princípios de sustentação do Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional – TPI têm como princípios diretores a complementariedade à legislação interna estatal e, portanto, a garantia de sua soberania, onde a competência do TPI será relativa e complementar à competência dos Estados e não atuando como uma imposição absoluta, ao menos não aparentemente, pois só poderão ser processados pelo TPI os nacionais dos Estados que ratificarem o Estatuto de Roma, ou os estrangeiros que ali se encontrarem, desde que o Estado não disponha, ou não puder, por qualquer motivo fazê-lo.⁹⁸ É o agir subsidiário do TPI.

O outro princípio é o da *universalidade*, onde coloca os Estados, sem exceção, sob a jurisdição deste tribunal, evitando-se com isso o afastamento de casos ou situações da preocupação mundial. Há ainda o *princípio da responsabilidade penal individual*, onde prevê a punição individual das pessoas, independentemente da responsabilidade estatal. É uma visão extremamente pessoal

⁹⁸ BODNAR, Zenildo. Justiça penal internacional. Novos estudos jurídicos. vol. 9 n. 3 Itajaí/2004. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/379/322>> Acesso em: 21 abril 2012.

e não em termos de Estado apenas.⁹⁹

Resta ainda o *princípio da irrelevância da função oficial*, onde trata os chefes de Estado ou governo, ministros, parlamentares etc., nos mesmos moldes que qualquer outro cidadão, ignorando uma possível imunidade (privilégio) advinda de sua autoridade em seus países. Por fim, o *princípio da imprescritibilidade*, onde, algumas ações criminosas jamais serão abarcadas pela extinção pelo decurso temporal, podendo tal responsabilidade penal ser apurada sem qualquer limite de tempo.¹⁰⁰

Com base em tudo o que ficou explicitado, é mister compreender a real legitimidade – e, especialmente, o que está por de trás – do Tribunal Penal Internacional – TPI como um dos meios legitimadores para a criação e fortalecimento de um Estado Transnacional.

Para isso, não se deve deixar de lado, principalmente no âmbito criminal, os sistemas jurídicos dos países (Penal e Processual Penal), em especial o Brasil e, igualmente, a influência que este sofre dos poderosos estrangeiros em nome de um avassalador poder econômico globalizado.

CAPÍTULO 2

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO GARANTISTA?

2.1 UMA LEITURA GARANTISTA DO PROCESSO E DIREITO PENAL BRASILEIRO

⁹⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av. vol.16 no.45 São Paulo May/Aug. 2002.** Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142002000200012>> Acesso em: 22 abril 2012. Destaque no original.

¹⁰⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av. vol.16 no.45 São Paulo May/Aug. 2002.** Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142002000200012>> Acesso em: 22 abril 2012. Destaque no original.

O Direito, de modo geral, visto sob o prisma de sistema das garantias, está atravessando uma crise e o Direito Penal brasileiro – material e processual – caminha no mesmo sentido. Essa crise é apontada por Ferrajoli, principalmente, sob três dimensões, quais sejam: a Crise de Legalidade; Crise do Estado Social e Crise do Estado Nacional.

Por Crise de Legalidade entende-se “[...] o valor vinculante associado as regras dos titulares dos poderes públicos. Se expressa na ausência ou na ineficácia dos controles e, para tanto, na variada e chamativa fenomenologia da ilegalidade do poder.”¹⁰¹

Ferrajoli afirma que na Itália, bem como na França e na Espanha por exemplo, muitas investigações judiciais tem surgido de um gigantesco sistema de corrupção que envolve a política, a administração pública, as finanças e a economia, e que tem se desenvolvido como uma espécie de Estado paralelo, desprezando as sedes extralegais e extra-institucionais, geridos pelas burocracias de partidos e pelos *lobbies* dos negócios, que tem seus próprios códigos de comportamento.¹⁰²

E continua afirmando que “[...] a ilegalidade pública se manifesta também em forma de crise constitucional, ou seja, a crescente degradação do valor das regras do jogo institucional e do conjunto de limites e vínculos que as mesmas impõem ao exercício dos poderes públicos [...]”.¹⁰³

No Brasil o panorama diagnosticado por Ferrajoli encontra perfeita consonância vez que, igualmente, a crise constitucional é a característica principal do seu ordenamento jurídico pois, especialmente por ser um país que possui uma constituição cidadã, repleta de direitos fundamentais e garantias aos cidadãos – tradução do Estado Democrático de Direito – não raras vezes se encontra situações que estas garantias – regras do jogo – são relativizadas em nome de interesses

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 15, tradução livre.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 15, tradução livre.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 15, tradução livre.

escusos do mercado sem qualquer tipo de controle constitucional.

O segundo aspecto da crise é “[...] a inadequação estrutural das formas de Estado de direito e suas funções de *Welfare State*, agravado pela acentuação de seu caráter seletivo e desigual que deriva da chamada Crise do Estado Social.”¹⁰⁴

Esta faceta da crise se manifesta, portanto, “[...] com a inflação legislativa provocada pela pressão dos interesses setoriais e corporativos, e a perda de generalidade e abstração das leis, a crescente produção de leis-ato, o processo de decodificação e o desenvolvimento de uma legislação fragmentaria, inclusive em matéria penal, habitualmente sob o sinal de emergência e exceção.”¹⁰⁵

O cenário atual é de uma legislação – especialmente penal e processual penal – fragmentaria, atendendo a interesses individuais, ou de pequenos grupos, os quais exercem o poder dito paralelo ao estatal que, através dessa inflação legislativa e, igualmente, pela falta de elaboração de um sistema de garantias dos direitos sociais de mesmo nível aos já assegurados no modelo de Estado Constitucional de Direito, tais como a propriedade e a liberdade, dá margem cada vez mais ampla para a expansão da corrupção e o arbítrio.

Há uma ruptura com os valores democráticos construídos pelo poder constituinte, elevado ao *status* de norma fundamental, com o emprego de mecanismos repressivos de forte apelo promocional e simbólico – legislação de caráter emergencial – visando a manutenção da segurança social e o (r)estabelecimento da ordem legal.

É, na verdade, uma contradição entre o paradigma clássico do Estado de direito, o qual consiste em uma conjunto de limites e proibições impostas aos poderes públicos de forma certa, geral e abstrata para a tutela dos direitos de liberdade dos cidadãos e o Estado social que, pelo contrario, demanda os próprios poderes de satisfação dos direitos sociais mediante prestações positivas nem sempre predeterminadas de maneira geral e abstrata, o que, consequentemente,

¹⁰⁴FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 16, tradução livre.

¹⁰⁵FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 16, tradução livre.

torna-se discricionárias, confiadas a intermediação burocrática e partidária.¹⁰⁶

A dicotomia entre a liberdade individual versus segurança social não pode ser vista de forma reciprocamente excludente mas sim da maneira complementar, ou seja, devem ser vistos de modo à garantia da estabilidade e respeito à ordem legal no Estado Democrático e de Direito, nos moldes do conceito de segurança disciplinado no artigo 5º da Constituição Federativa do Brasil. Assim, “[...] a persecução penal se legitima apenas quando obedece aos cânones daquele modelo político.”¹⁰⁷

Com isso pode se concluir que “Da segurança individual advinda do respeito pelo Estado dos direitos individuais e coletivos nasce a segurança social que com a primeira interagirá num processo dialético, sendo que o sistema penal num Estado democrático e de direito pauta-se pela tutela de ambos os pólos em questão.”¹⁰⁸

E, por fim, o terceiro aspecto da crise está ligado a Crise do Estado Nacional que “[...] se manifesta pela mudança dos lugares da soberania, na alteração do sistema das fontes e, por conseguinte, em um enfraquecimento do constitucionalismo.”¹⁰⁹

Com o processo de integração mundial, está ocorrendo um processo de superação dos limites territoriais dos Estados vistos como nações individuais (Estado Nacional), onde prevalecia sua soberania, principalmente em matéria política monetária, militar e de política social, o que, invariavelmente, acaba colocando em crise a tradicional hierarquia de fontes normativas, com a criação de novas fontes de produção do direito afastando-as do controle parlamentar e Constitucional, tanto no âmbito nacional ou como (principalmente) supranacional.¹¹⁰

¹⁰⁶FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 16, tradução livre.

¹⁰⁷CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 11/12

¹⁰⁸CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 12

¹⁰⁹FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 16, tradução livre.

¹¹⁰FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 17, tradução livre.

O modelo neoliberalista dita o ritmo da globalização, visando a criação de um mercado mundial especialmente voltado para aqueles (poucos) detentores do capital, aliado ainda no corte orçamentário e na redução dos gastos públicos sociais – mitigação do Estado de bem-estar social – surgindo desta forma a necessidade de um recrudescimento penal estatal para dar conta desse excesso de contingente não consumidor, à margem do poderio economicista.

A política, a economia e especialmente o apelo midiático se expande no sentido de um Estado mínimo no âmbito social ao mesmo tempo que fortalece um Estado máximo na seara penal punitiva.

Neste norte, tem-se que ao “[...] Estado social mínimo deve corresponder um Estado penal máximo, que dê respostas às desordens provocadas pela desregulamentação econômica, pela pulverização do trabalho assalariado e alarmante aumento da pobreza.”¹¹¹

Ferrajoli alerta ainda que a crise do Direito, vista de um modo geral, pode se traduzir, na verdade, em uma crise da Democracia – com carências da soberania popular e do modelo de Estado de direito – pois, com as três dimensões da crise apresentada, não deixa de ser manifestadamente uma *crise de legalidade*, ou seja, da sujeição dos poderes públicos à lei, os quais são elementos estruturais da soberania popular bem como o paradigma do Estado de direito, desaguando, invariavelmente, com a representação das formas neoabsolutistas do poder público, sem limites e controles, determinados por poderes escusos dentro de nossos ordenamentos.¹¹²

Esta intitulada ineficácia dos direitos, com a violação diuturna das regras do jogo (constitucionais) pelos titulares dos poderes públicos, não deve ser interpretado como algo natural pois, “[...] o direito é sempre uma realidade *artificial*, construída pelos homens.”¹¹³

¹¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 17, tradução livre.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 19,

Desse modo, pode-se afirmar que o Direito apresenta-se como um *sistema artificial de garantias* constitucionalmente preordenado para a tutela dos direitos fundamentais, onde essa função de garantia de direito se caracteriza, especialmente nos ordenamentos de constituições rígidas, “[...] por uma dupla artificialidade, ou seja, não é somente pelo caráter positivo das normas produzidas, que é a característica específica do *positivismo jurídico*, senão também por sua sujeição ao direito, que é a característica específica do *Estado constitucional de direito*, em que a mesma produção jurídica se encontra disciplinada por normas, tanto formais como substanciais de direito positivo.”¹¹⁴

Como característica do *positivismo jurídico*, o “ser” ou a “existência” do direito não é concebida naturalmente, ou seja, é algo “posto” ou “feito” pelo homem e como estes querem ou pensam. Já em função da característica do Estado Constitucional de Direito, o “dever ser” do direito, ou seja, suas condições de “validade” encontra-se positivado mediante o estabelecimento de valores ético-políticos como igualdade, dignidade da pessoa humana – Direitos Fundamentais.

Em um Estado Constitucional de Direito o “dever ser” do direito encontra-se positivado como uma espécie de “direito sobre o direito” em forma de limites e vínculos para a produção jurídica.

Com isso se vislumbra uma “*innovación en la propia estructura de la legalidade*”, a regulação do direito positivo não somente enquanto suas formas de produção mas também no que se refere aos seus conteúdos produzidos.¹¹⁵

Surge assim o que Ferrajoli chama de modelo ou sistema garantista, por oposição ao paleopositivista, este sistema de legalidade, onde esta dupla artificialidade confere um papel de garantia em relação com o direito ilegítimo. Graças a ele o direito contemporâneo não programa somente suas *formas* de produção através de normas de procedimento sobre a formação das leis e demais disposições. Programa alias seus *conteúdos* substanciais, vinculando-os

tradução livre.

¹¹⁴FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 19, tradução livre, sem destaque no original.

¹¹⁵FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 19, tradução livre, sem destaque no original.

normativamente aos princípios e valores inscritos em suas constituições, mediante técnicas de garantia cuja elaboração é tarefa e responsabilidade da cultura jurídica.¹¹⁶

Classifica então sua postura dentro do neopositivismo em quatro diferentes pontos do modelo positivista clássico, os quais confirmam as características do modelo garantista:

a) dentro da teoria do direito realiza a revisão da teoria da *validade*, diferenciando-a de *vigência* e estabelecendo uma nova relação entre *forma* e *substancia* das decisões; b) no plano da teoria política reconhece também uma dimensão *substancial* além da *procedimental* da democracia; c) redefine o papel do juiz o qual deve interpretar e aplicar a lei segundo novas formas e condições; e d) a ciência jurídica é investida de uma função crítica e protetiva, e não somente descritiva em relação ao seu objeto.¹¹⁷

O Princípio da Legalidade aparece então como o ponto fundamental do modelo garantista, devendo ser entendido como a maneira de se fazer democracia dentro e a partir do direito.

A teoria do Garantismo propõe-se a estabelecer critérios deslegitimadores de qualquer modelo maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais, ou seja, o modelo garantista surge como um aparato pratico-teórico à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra a irracionalidade dos poderes públicos ou privados.¹¹⁸

A teoria geral do garantismo jurídico tem como base o conceito de centralidade da pessoa e em seu nome o poder deve ser exercido. Tal teoria apresenta uma estrutura de normas que traz limites ao exercício do poder político e propõe um modelo ideal de Estado de Direito. Este modelo deve ser perseguido para não ocorrer ilegitimidade. O propósito desta teoria é postular valores que

¹¹⁶FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 19/20, tradução livre.

¹¹⁷FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 20, tradução livre, sem destaque no original.

¹¹⁸CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

devem ser buscados pelo Estado de Direito, tendo a dignidade humana, liberdade plena, igualdade e paz como principais atributos.¹¹⁹

Garantir significa assegurar, proteger, defender, proteger algo e quando a cultura jurídica refere-se ao garantismo, este diz respeito à tutela dos direitos individuais. Um direito garantista estabelece instrumentos para a defesa dos direitos individuais frente a eventuais agressões por parte de outros indivíduos ou do Estado.¹²⁰

Ferrajoli, citado por Alexandre Morais da Rosa, adverte que: “O garantismo apesar de ter sua origem vinculada ao Direito Penal, evoluiu para alcançar foros de Teoria do Direito”¹²¹, não devendo, para tanto, ser visto como exclusividade deste ramo do Direito.

Com efeito, discorre ainda que o garantismo jurídico, visto como teoria do direito, se subdivide em quatro frentes, quais sejam:

A primeira vinculada à revisão da teoria da validade/material e vigência formal das normas jurídicas. A segunda frente pretende o reconhecimento de uma dimensão substancial da democracia, suplantando o caráter meramente procedimental desta. Já na terceira, do ponto de vista do Juiz, se propõe uma nova maneira de ver a sujeição à lei somente por ser lei – aspecto formal – pretendendo que esta sujeição se dê somente quando conjugadas a forma e o conteúdo da norma. Por fim, observa a relevância da ciência jurídica, cujo papel deixa de ser meramente descritivo, mas ganha contornos críticos e de projeção do futuro.¹²²

Já o modelo penal garantista, mesmo encarado pela Constituição como referência de racionalidade e legitimidade para ações punitivas, não é atendido na prática, suscitando divergências acerca do modelo em nível constitucional e não

¹¹⁹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.72.

¹²⁰ CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudos sobre El pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005, p.21. Tradução livre.

¹²¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus Editora, 2002, p. 25.

¹²² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus Editora, 2002, p. 25.

sendo efetivo em níveis inferiores, tornando-o deste modo uma fachada ideológica, transformando o garantismo jurídico para a área penal num crescente campo de divergências às culturas jurídicas e políticas que buscam a defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.¹²³

Referida teoria, representa, portanto,

[...] o resgate e valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político/jurídico do Estado.¹²⁴

Note-se, todavia, que a aplicação da referida teoria deve ser feita em consonância com o momento histórico, político e cultural que determinada sociedade vive, tendo em vista que sua ideologia excessivamente jusnaturalista pode trazer um desvirtuamento em um Estado de Direito onde exista tão somente uma mera democracia formal – transformando, neste sentido, a liberdade em opressão -, ou seja, onde as legislações muito embora tenham seguido o rito comum para sua elaboração, não respeitam materialmente (democracia material) os direitos e garantias exarados na Carta Maior; tudo isto, em decorrência da falta de preparo social.

A teoria garantista procura soluções para a crise do direito, trazendo uma possível resposta ao caos jurídico existente na sociedade, caos este que persiste por longos anos.¹²⁵

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría Del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995, p.851. Tradução livre.

¹²⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus Editora, 2002, p. 39.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madri: Trotta, 1995,p.15, tradução livre.

A crise do Direito e a crise da razão jurídica trazem perigos ao futuro dos direitos fundamentais e sua garantia, sendo que foi a razão jurídica que evidenciou o paradigma teórico e normativo representado pelo Estado de Direito.¹²⁶

O Estado de Direito na atualidade, mesmo tendo formulação garantista, traz inclinações neoabsolutistas, evidenciadas pelas práticas antigarantistas representadas por normas emergenciais e de exceção que tem origem nos interesses de alguns setores da sociedade. Estas práticas enfraquecem o modelo de Estado de Direito que tem como premissa principal servir a todos os indivíduos.¹²⁷

A razão jurídica da atualidade é resultado do progresso do constitucionalismo obtido no decorrer de longos anos. Este progresso permite configurar e construir o direito como um sistema de garantias constitucionalmente ordenado para atender aos anseios dos indivíduos com relação aos seus direitos fundamentais e encontra o processo penal como um meio de proteção dos cidadãos para com o Estado.¹²⁸

O modelo garantista ocasionou uma programação na produção do direito, vinculando-a aos princípios e valores das constituições, promovendo modificações do modelo juspositivista clássico ao nível da teoria do direito, da teoria política e ao nível da teoria da interpretação da lei, nível este que estabelece uma redefinição do papel do juiz e das condições e formas em que se dá a sujeição à lei, além de promover uma mudança ao nível do papel da ciência jurídica, fazendo com que esta deixe de ser apenas descritiva e passe a ter ações críticas e criativas.¹²⁹

Ressalte-se que o Sistema Garantista é apresentado “como ‘um’ e não ‘o’ caminho possível”¹³⁰ que visa conter os abusos de poder, mormente em um Estado (Brasil) que dispõe de um rol extenso de direitos e garantias, as quais, na prática

¹²⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 92.

¹²⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 73.

¹²⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 93.

¹²⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.94.

¹³⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. XXI, *apud* MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: A bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 293.

não se valem, não possuem aplicabilidade, notadamente na seara penal, em que prevalecem interesses outros, mas não aqueles dispostos e inerentes a todo o ser humano, os quais a Constituição Federal tutela.

O caminho a seguir, então, é o da revisão das ‘regras do jogo’ processual, em parte já realizado no decorrer das mediações anteriores, e da pseudo metodologia incidente. De sorte que ‘regras do jogo democrático’, àquelas que irão fundamentar a legitimidade do provimento judicial, portanto, necessitam ser revisitadas, a partir de uma ‘oxigenação constitucional’ – validade garantista – em que além da Constituição da República, os ‘Direitos Humanos’ aderidos devem ser levados em conta [...], tanto na sintonia dos princípios quanto nas regras, para que tudo não fique num bonito ‘golpe de cena’ [...] ¹³¹.

O processo penal deve ser visto como um instrumento de efetivação garantias constitucionais dos cidadãos frente ao poder estatal, nos moldes propostos pela Constituição democrática de 1988 onde a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, ao lado do direito à liberdade, os quais, alias, está amplamente consagrados internacionalmente em diversos tratados, servem de fundamentos legitimadores de todo o ordenamento político-jurídico.

O “[...] fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua *instrumentalidade constitucional*”, ou seja, somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição e não como um simples instrumento a serviço do Direito Penal – leia-se sistema punitivo e arbitrário. ¹³²

Essa instrumentalidade do processo penal – como fundamento de sua existência – o qual funda-se como instrumento a serviço da realização do “projeto democrático”, isto é, tem uma “finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais”, tendo como norte a Constituição. ¹³³

¹³¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: A bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 294.

¹³² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70/72, com destaque no original.

¹³³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

Tem-se que “[...] o direito penal e o processo penal passam a ser compreendidos, portanto, como lei do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte, que vigeria na sua ausência”, tendo como débil, no momento do delito, a vítima, durante o processo o acusado e o condenado na execução, conforme disserta Ferrajoli.¹³⁴ O acusado, por sofrer o poder acusador do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo (penal) e, posteriormente, da pena, sendo então, o papel do juiz em um Processo Penal Democrático, o protetor da máxima eficácia da “*ley do más débil*”.¹³⁵

Em um Estado Democrático o indivíduo, numa sistemática político-cultural, é valorizado em sua relação com o próprio Estado vez que “[...] o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos os a ele submetidos o são, pois só perdem este *status* após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição”.¹³⁶

2.2 DOS CÓDIGOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Primordialmente, importante destacar a situação histórica, política e social em que foram elaboradas as legislações penais brasileiras vigentes para, então, diante do entendimento e contexto em que foram criadas, ser possível com maior propriedade tecer comentários acerca da superação destas legislações, face à atual Constituição Brasileira Garantista. Esta, aliás, que para muitos se trata de norma secundária que visa quando necessário embasar fundamentos de teses jurídicas, mas que na verdade, pouca utilidade possui em sede de procedimentos penais,

¹³⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20.

¹³⁵ Expressão clássica utilizada por FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

¹³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

momento em que as normas infraconstitucionais adquirem mais significância e relevância.

O momento é o Estado Brasileiro de 1930, século XX, a situação social pode ser representada pelas poucas garantias e liberdades aos cidadãos, que desde 1888 (abolição da escravatura) e 1891 (promulgação da Constituição da República), não obtiveram grandes avanços no que toca os direitos sociais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, por outro lado, no bojo da ascensão do Presidente Getúlio Dornelles Vargas – que se prolongariam por 15 (quinze) anos oriundo da Revolução de 1930, o qual rompeu com o ordenamento jurídico até então vigente, bem como, com o contexto político, pautado nas Oligarquias liderado por Washington Luís - promoveu, ainda que a curtos passos, avanços na legislação social brasileira por intermédio de seu governo caracterizado pelo nacionalismo e populismo.

Já em 1937 fora outorgada pelo então Presidente a Constituição denominada “Polaca”, haja vista a semelhança com o ordenamento Polonês, cujo ímpeto autoritário fora sua principal característica. Neste mesmo período, instala-se no Estado Brasileiro a ditadura do Estado Novo, precisamente em 10 de novembro de 1937, mesma data da vigência da nova Carta Política, momento histórico em que o membro Chefe do Poder Executivo detinha de forma concentrada os poderes inerentes ao Estado. Este período, além do regime ditatorial imposto, em razão da necessidade do desenvolvimento do sistema capitalista no país, fora marcado pelo avanço em sede de inúmeros direitos sociais, porém, marcado igualmente de forma significativa pelo viés autoritário.

Neste contexto, portanto, surgem as legislações penais brasileiras – Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940) e Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941), um momento político, histórico e social em que o autoritarismo determinado pelo Chefe do Poder Executivo vigia plenamente. Neste período, em decorrência de um golpe de estado, como já mencionado alhures, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1937 não atendia àqueles cuja ideologia liberal afluía, ante a ideologia fascista que influenciava o mundo e tinha peculiar respaldo na política brasileira.¹³⁷

¹³⁷ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. 2ª ed. Goiânia: AB Editora, 2003, p. 1.

Nas lições de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues vê-se que:

Era um ambiente de pouca liberdade. Os anseios governamentais se pautavam pela manutenção da ordem, ao sendo o momento ideal para a elaboração de um conjunto de normas necessárias para impor freios aos desmandos estatais. Contudo, como os governos autoritários tendem a justificar seus atos através de leis (tomando emprestada a legitimidade histórica da conquista da legalidade para pintar a situação virtual), entrou em vigor o Código de Processo Penal.¹³⁸

Não é por outro motivo que, apesar de algumas passagens liberais encontradas nos Códigos, vislumbra-se com extrema facilidade a ideologia autoritária constante nas legislações penais vigentes, especialmente no que toca o Código de Processo Penal, tendo em vista os amplos poderes atribuídos ao Estado quando da persecução criminal frente ao cidadão, fato este que impedia o acesso pleno aos direitos constitucionais previstos.

Neste íterim, aponta-se como responsável por este hiato entre os direitos e garantias previstos constitucionalmente e o acesso aos cidadãos, além do já mencionado autoritarismo político no momento histórico ora estudado, o fato de que os autores que confeccionaram o Código de Processo Penal possuírem índole eminentemente penalista, porquanto, sem formação processualista. Assim, passaram a adaptar a Constituição Federal ao Código Processual Penal, raciocínio este totalmente equivocado frente a Teoria Garantista, posto que, ao contrário de ser instrumento para a garantia e defesa do cidadão acusado da prática delituosa o Código passou a ser fonte para inúmeros atos autoritários em desfavor dos supostos agentes delituosos, demonstrando, assim, seu viés eminentemente inquisitorial.¹³⁹

Portanto, sob esta perspectiva, no dia 05 de outubro de 1988 fora promulgada a chamada Constituição Cidadã – terminologia utilizada por Ulysses Guimarães. Esta Carta Política surge em momento certo para uma população cansada do excesso de poderes aplicados de forma arbitrária pelo Estado, a qual

¹³⁸ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. 2ª ed. Goiânia: AB Editora, 2003, p. 1.

¹³⁹ BIZZOTTO, Alexandre; BRITO RODRIGUES, Andreia de. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. 2ª ed. Goiânia: Editora AB, 2003, p. 3/4.

pugnava por uma divisão de poderes, bem como, pelo respeito aos direitos e garantias jus naturais do cidadão, os quais encontram-se muito bem delineados na atual Constituição Federal, tanto é que estas foram colocadas de forma hermenêutica no início do texto, efetivando-se, assim, uma necessária e consequente “leitura constitucional do processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais”.¹⁴⁰

Ocorre que, desde a entrada em vigência da atual Constituição Federal até os dias atuais, verifica-se que diminutas medidas foram tomadas visando a adequação constitucional garantista ao Código Processual Penal, manifestamente inquisitório. Ocorre exatamente o contrário, ou seja, as reformas até então mais significantes deram-se visando a ideologia estagnada e retrocedida do momento histórico político em que o Brasil vivia quando da elaboração da legislação processual penal por Francisco Campos em 03 de outubro de 2010, ou seja, a conformação da Constituição Federal às leis ordinárias persistentes.¹⁴¹

Aury Lopes Junior pondera que a Constituição como instrumento de direitos e garantias que é, constitui a única norma fundamental que legitima a legislação processual penal. Significa dizer que a partir de uma análise constitucional deve-se compreender e elaborar as normas processuais penais, posto que somente desta forma os direitos como a liberdade individual, a vida e a dignidade da pessoa humana serão respeitados e observados, eis que pressupostos para o Estado Democrático de Direito que visa à efetivação das garantias e direitos do indivíduo. Garantias estas que são protegidas ou, pelo menos deveria o ser, por se tratar do débil na relação processual firmada, visto que ocupa o local de sujeito passivo, recaindo, assim, todos os tipos de constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal.¹⁴²

Neste sentido:

¹⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 69.

¹⁴¹ BIZZOTTO, Alexandre; BRITO RODRIGUES, Andreia de. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. 2ª ed. Goiânia: Editora AB, 2003, p. 6.

¹⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 70/71.

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos a ele submetidos o são, pois só perdem esse status após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição.¹⁴³

Contudo, este entendimento peculiar é adotado pela minoria dos juristas - haja visto que muito se fala no âmbito jurídico acerca da Constituição, mas, hodiernamente, na práxis forense, poucos a aplicam aos processos e relações jurídicas formadas, reproduzindo o velho ditado popular: “faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço” – vez que a grande maioria ainda possui o entendimento de que ao analisar o caso concreto, deve-se primeiramente vislumbrar os preceitos estabelecidos no Código de Processo Penal para, então, em existindo dúvida, ou visando deixar a peça mais sofisticada, utilizar a Constituição Federal.

Portanto, diante de tal situação, conclui-se pela existência cada vez maior de uma crise da teoria das fontes, tendo em vista que uma lei infraconstitucional acaba possuindo maior valor - sendo colocada sob um pedestal - do que a própria Constituição Federal, norma magna que legitima e disciplina referidas legislações intocáveis. Os que atuam sob esta perspectiva, consciente ou inconscientemente, recusando a eficácia constitucional, primam pela supremacia do interesse público sobre o privado, legitimando, assim, o abuso de poder.¹⁴⁴

É neste sentido que não se pode mais dar guarida ao disposto nos Códigos autoritários e inquisitórios da legislação penal brasileira, haja visto a imposição de uma supremacia estatal desproporcional, a qual, nem ao menos na sua época política e histórica, muito menos social, fora considerada pertinente. E atualmente, o panorama permanece idêntico, ou seja, sob a égide de uma Constituição Social que visa à amplitude de direitos e garantias, inserindo-se, assim, a finalidade constitucional no processo penal – máxima eficácia dos direitos e garantias – não se pode mais conceber tais legislações como meio para a satisfação

¹⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 74.

¹⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 72/73.

acusatória, tendo como vitória a imposição de uma pena.

Por tais motivos, superou-se há muito o Código Adjetivo Penal que em sua própria exposição de motivos disciplina trechos flagrantemente inquisitórios, resquícios de épocas passadas em que se predominava o interesse estatal sobre o privado, momento em que o juiz inquisidor e a legislação rebuscada pendiam pela prisão e enclausuramento dos cidadãos por qualquer motivo e, que, ainda vige, em muitas situações como, por exemplo, a legislação do terror (lei de crime hediondos e lei de lavagem de dinheiro, do magistrado como gerenciador e produtor de provas e a aplicação de medidas de segregação cautelares como regra geral).

Desta feita, a fim de demonstrar a lamentável situação jurídica que o Brasil encontra-se, é mister transcrever trechos da exposição de motivos do Código de Processo Penal que encontra-se diametralmente contrario ao atual entendimento garantista defendido pela Carta Política de 1988:

[...] finalmente realizada homogeneidade do direito judiciário penal no Brasil, segundo reclamava, de há muito, o interesse de boa administração da justiça, aliado ao próprio interesse da unidade nacional. [...] impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado com os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireito individuais em prejuízo do bem comum. Não seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É restringida a aplicação do in dubio pro reo. [...] certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns

poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas. E, se por um lado, os dispositivos do projeto, tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados.¹⁴⁵

É sob esta mentalidade ultrapassada que se busca a supremacia do interesse público sobre o interesse do indivíduo, em que o Processo Penal está simplesmente a serviço do poder punitivo, buscando a aplicação da pena mesmo que para tanto seja necessária o atropelo de direitos e garantias que existem para os indivíduos. No entanto, a realidade deve ser exatamente o contrário, ou seja, a norma processual deve cumprir o papel de limitador do poder estatal, servindo como “instrumento para a realização do projeto democrático”.¹⁴⁶

Com efeito, do que se encontra exarado na exposição de motivos do Código de Processo Penal, tem-se que os direitos e garantias inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 têm como escopo legitimar a atuação estatal, evitando abusos por parte do Estado, cujo órgão acusador integra o próprio Estado. Procura-se evitar um retrocesso ao sistema inquisitorial ainda vislumbrado em muitos dos dispositivos da atual legislação processual, que fomenta uma verdadeira penalização de (todas as) condutas, onde cada vez mais se busca a solução dos acontecimentos humanísticos por intermédio da aplicação da legislação penal, a qual deveria ser considerada como *ultima ratio*.¹⁴⁷

A criação e exploração do medo e da insegurança promove, a bem da verdade, uma falsa esperança de que realizando-se a expansão do sistema penal, a paz social seria alcançada. Porquanto, a globalização neoliberal atinge cada vez mais os Estados, traçando e criando estereótipos dos atuais excluídos da sociedade, leia-se não consumidores pois, enquanto o indivíduo é capaz de consumir e conviver conjuntamente com os *bon vivant* consumidores sua existência em nada chama a

¹⁴⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**: Exposição de motivos do Código de Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 351/352.

¹⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 88.

¹⁴⁷ ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 07.

atenção do Estado. Nada mesmo.

Todavia, caso a conduta do indivíduo desvie da finalidade econômica e eficiente buscada pelo Estado, diante da ausência de estrutura social, familiar, política, passa-se a elaborar legislações mais gravosas e sancionadoras para buscar novamente a glorificação do Estado Penal, frente a uma sociedade que não convive com a camada aflita da população.

Mais emblemático que em muitos outros países é a atual situação brasileira que, em razão da ausência deste Estado Social - promessas não cumpridas - determinou-se a intervenção estatal, porém, sob o enfoque penal, especificadamente no que toca ao movimento da Lei e da Ordem, onde, diante da sua incapacidade e impotência de controlar o mercado globalizado e cada vez mais agressivo, implementam-se condutas penalizantes cada vez mais aterrorizantes – são exemplos, a lei de crimes hediondos, a lei de lavagem de dinheiro, a regra da prisão cautelar entre muitos tribunais, dentre outras.¹⁴⁸

Afora o autoritarismo legislativo encadeado pelo pseudo clamor social, vem à tona a hodierna função do magistrado frente a estas legislações penais retrógradas aplicáveis ao indivíduo detentor de direitos e garantias. Ora, toda a atividade estatal judicante encontra-se fundamentada na imparcialidade do juiz que instruirá e julgará o litígio, pois, de nada valeria um togado parcial, o qual poderia sem o custo estatal inerente ao procedimento, aplicar a pena ou decretar a absolvição do acusado sem que para tanto fosse necessária o desgaste físico, psicológico e pecuniário de todas as partes do processo.

Para tanto, surgem às partes do processo penal, que são em regra agasalhados pelo sistema acusatório intrínseco na Constituição Federal - tendo em vista a necessidade de produção de provas e a obrigatoriedade de ampla defesa e do contraditório – a possibilidade de, com efetiva paridade de armas, disputarem interesses diversos frente ao terceiro imparcial detentor de conhecimentos jurídicos ilibados, para fins de aplicação da legislação mais adequada ao caso.

¹⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 43/45.

Ocorre que, o Código Processual Penal, como já dito, influenciado por outras épocas, há muito já não se coaduna com a atual Constituição Federal, no sentido, político, histórico e social. Diante da perspectiva da concentração de poderes e buscando evidentemente ceifar os ideais de liberdade, o Estado muniu seus membros judicantes com poderes especiais para, sob o fundamento da verdade real, buscar dirimir o litígio de forma eficiente e menos morosa, o que, invariavelmente, vai de encontro do sistema acusatório disposto na Constituição Federal e suas consequentes garantias.

Portanto, diante deste princípio (eficiência), mitiga-se o sistema acusatório ao passo que se corrompe os direitos e garantias do indivíduo, frente ao interesse estatal em ver dirimido o litígio no menor tempo possível (relação custo/benefício), o que na verdade demonstra tão somente a falta de preparo do próprio Estado para fins de fiscalização e aplicação da lei penal, cujo exercício encontra-se constitucionalmente atribuído ao membro do Ministério Público, consoante dispõe o artigo 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esta influência (economicista) que muitos magistrados cumprem - tendo em vista o já mencionado alhures sobre a análise da legislação constitucional partindo-se da premissa das legislações penais - não pode mais vigorar no Brasil, haja visto a flagrante inconstitucionalidade de muitas normas previstas na legislação infraconstitucional, as quais não mais encontram guarida no atual Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Assim, em que pese o momento de elaboração do Código de Processo Penal, tem-se que a prática eminentemente inquisitorial – adotado pelo Código de Processo Penal - não se coadunam mais com os princípios e ideologias garantistas embutidas na Carta Política atual.

Acerca da exposição de motivos, vislumbra-se que a legislação processual penal previu ao magistrado poderes totalmente diversos do determinado pela Constituição Federal (artigo 5º, LIII e artigo 95, parágrafo único), consoante se vê:

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamada da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer no final, antes de proferir a sentença. Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas; na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar ao final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo ou non liquet*. É declarado, de modo expresso, que, nos crimes de ação penal pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.¹⁴⁹

Desta forma, constata-se que o sistema acusatório predomina nos Estados cujo respeito aos direitos e garantias imperam de forma sólida na estrutura política e jurídica; Noutro norte, o sistema inquisitorial predomina nos Estados cuja repressão dos direitos e garantias é externamente caracterizado pelo autoritarismo da estrutura intrínseca em detrimento dos direitos individuais.¹⁵⁰

Característica predominante do sistema acusatório é a diferenciação entre as funções de acusar e julgar, portanto, sendo inerente o fato de que cabe as partes produzirem o arcabouço probatório necessário para manejarem o direito que acreditam possuir, tudo em um sistema igualitário de oportunidades.

O sistema inquisitório, por sua vez, “foi desacreditado – principalmente – por incidir em erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.¹⁵¹ Da mesma sorte,

¹⁴⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**: Exposição de motivos do Código de Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354/357.

¹⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.116.

¹⁵¹ GOLDSCHMIDT, James, *apud*, LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São

tem-se que inerente ao sistema inquisitorial “há um ‘desamor’ pelo contraditório, somente possível no sistema acusatório”.¹⁵²

Da explanação dos dois sistemas ora tratados e o adotado pelo Estado Brasileiro – acusatório – importante a crítica que se faz quanto a resistência e ao retrocesso da legislação processual penal face aos direitos, garantias e princípios previstos constitucionalmente (artigos 5º, XXXIII, XXXVII, LIII, LIV, LV, LVII e 95, Parágrafo Único e art. 129, I, todos da Constituição Federal), os quais, flagrantemente, ensejam a aplicação ao ordenamento jurídico do sistema acusatório.

Referida crítica dá-se exatamente pelo fato de ser um dever do magistrado o afastamento da causa, no sentido de imparcialidade, bem como, da inércia quanto à produção das provas pelas partes, devendo, portanto, frente a uma demanda, decidir consoante o estado em que o processo se encontrar e não, levando-se em consideração a falácia do princípio da verdade real, atuar com poderes instrutórios, ante o material defeituoso que lhe foi proporcionado, muitas vezes, pelo próprio membro do Estado que fora encarregado constitucionalmente (artigo 129, I da Constituição Federal).¹⁵³

Todavia, inobstante a separação constitucional das funções, ou seja, a formulação da acusação, em regra, pelo membro do Ministério Público, verifica-se que atualmente, no decorrer do procedimento processual penal, assume o magistrado posição ativa na busca e apreciação da prova. São exemplos inclusos no Código de Processo Penal o disposto no art. 310 (prisão de ofício), art. 242 (busca e apreensão), art. 127 (sequestro), art. 129 (oitiva de testemunhas além das arroladas pelas partes), art. 196 (reinterrogatório do réu), art. 156, I e II (diligências de ofício), art. 385 (conhecimento de agravantes não alegadas) e art. 383 (alteração da classificação jurídica do fato).¹⁵⁴

Nas palavras de Aury Lopes Junior:

Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 127.

¹⁵² CUNHA MARTINS, Rui, *apud*, LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 121.

¹⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 119.

¹⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 132.

O mais interessante é que não aprendemos com os erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição. Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa “postura ativa” por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal “verdade real”, esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores e “juizados de instrução” etc.¹⁵⁵

Aqueles que ainda acreditam na instrumentalização do processo como finalidade para buscar-se a efetividade máxima processual, levando-se em consideração a sensibilidade das escolhas da sociedade, defendem uma posição ativa do magistrado quando da colheita das provas, repugnando-se a inercial estatal quando aliado ao fato de boa instrução do processo, resumindo, assim, o débil a mero objeto processual, ausentes seus direitos e deveres.¹⁵⁶

Retornar a mentalidade de um sistema inquisitorial é o mesmo que negar o contraditório ao débil da relação processual, posto que, em sendo a prova produzida pelo próprio magistrado, estará este obrigatoriamente vinculado as mesmas. Pior, em havendo interesse do magistrado em produzi-la demonstra este a tendência em favor ou desfavor dos atos imputados ao sujeito passivo. Portanto, cabe ao magistrado assumir posição em que deve exigir a revisão das normas, ditas inconstitucionais, guardando, para tanto, igualdade de oportunidades, principalmente quando da gestão das provas, aduzindo assim a democracia processual e o direito constitucional do contraditório, interligado a epistemologia garantista.¹⁵⁷

Portanto, diante desta insuficiente estrutura do Estado em separar os poderes/atividades inerentes ao mesmo, denota-se o porquê do magistrado em assumir uma posição inquisitorial. Contudo, tal prática mostra-se inconstitucional desde sempre, não podendo perdurar, devendo o togado, para tanto, manter-se em uma posição de alheamento, de imparcialidade, efetivando, desta forma, os direitos

¹⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 119.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *apud*, SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Teoria instrumentalista do processo e o sistema processual penal inquisitório**: subsídios para uma crítica aos poderes instrutórios. Curitiba: Mimeo, 2011.

¹⁵⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 78.

e garantias do cidadão no procedimento penal.¹⁵⁸

Como caminho para uma possível solução a esta geração do terror em que assola o país – normas infraconstitucionais com valores superiores ao da própria carta magna que pugnam pela observância do sistema inquisitório e de legislações tipicamente no modelo *Law and Order*, cujo objetivo repressivo destoasse do Estado Constitucional Garantista hodierno – surge à teoria garantista, a qual possui como percussor o doutrinador Luigi Ferrajoli. Tal teoria tem como objetivo a interpretação a partir de uma matriz garantista, ou seja, busca-se necessariamente uma análise constitucional das normas, bem como sua real legitimação substancial, especialmente quanto ao Código de Processo Penal para, enfim, aplicar-se ao caso concreto em análise pelos juristas, mormente aos magistrados, que possuem diante de uma legislação processual inquisitória poderes para atuar de ofício no que toca a segregação do sujeito passivo, assim como, quanto o gerenciamento da produção de provas.¹⁵⁹

A necessidade da imposição e interpretação constitucional, mesmo que pareça um contra senso - tendo em vista que a criação e inclusão no ordenamento jurídico de todas as normas infraconstitucionais passaram necessariamente por um controle preventivo de constitucionalidade para se averiguar sua adequação formal e substancial - dá-se, justamente, para que em tempos contemporâneos seja aplicado o viés constitucional de direitos e garantias a todos os cidadãos, fórmula esta que a teoria garantista apregoa, conforme leciona Alexandre Morais da Rosa:

Embora tenha sido editada uma nova Constituição em 1988 há um inescandível déficit hermenêutico nos campos do Direito e Processo Penal no Brasil. A compreensão do Direito Penal e Processual válido precisa de um realinhamento constitucional do sentido democrático, uma vez que tanto o Código Penal com o Código de Processo Penal são documentos editados na matriz, sob outra ordem constitucional e ideológica, bem assim porque houve significativa modificação do desenho político criminal contemporâneo. Ademais, a Constituição acolheu os

¹⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 132/133.

¹⁵⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 71/72.

Direitos Humanos em patamar capaz de dar eficácia imediata no campo do Controle Social. De sorte que há a necessidade de adequação da própria noção de papel e função do Direito e do Processo Penal diante da redemocratização do país. E, este trabalho ainda está sendo realizado, basicamente por força da (i) baixa constitucionalidade, entendida como a ausência de uma cultura democrática no Direito; (ii) resistência ao modelo eminentemente acusatório preconizado pela Constituição da República de 1988, com a manutenção de uma mentalidade inquisitória; (iii) herança equivocada de uma imaginária e nefasta “Teoria Geral do Processo”, quando, na verdade, os fundamentos do processo penal democrático assumem viés individual e não coletivo, a saber, não cabe “instrumentalidade processual penal, (iv) difusão de um modelo coletivo de “Segurança Pública” que fomenta uma certa “Cultura do Medo”; (v) expansionismo do Direito Penal e recrudescimento dos meios de controle social; (vi) prevalência de teorias totalitárias, como Direito Penal do Inimigo, atreladas ao discurso da Lei e da Ordem.¹⁶⁰

A Constituição Federal, diante de sua supremacia material é, assim, norma fundamental que habilita a atividade estatal, bem como, os limites de sua atuação, podendo-se verificar no bojo das normas infraconstitucionais a ausência de pertinência substancial e formal, declarando-se a inconstitucionalidade destas por intermédio das vias inerentes (difuso e concentrado). Portanto, diante da supremacia das normas constitucionais, característica predominante, significa dizer que a Carta Política regulamenta os poderes estatais, não podendo, portanto, ser afetada por estes quando, por exemplo, na criação de normas repressivas neoliberais a qual visa deter aqueles excluídos social e economicamente do nicho econômico, denominados consumidores, assim como, diante da atuação do ente judicante de modo parcial.¹⁶¹

Desta feita, a teoria garantista vem de encontro a estas visões retrógradas das legislações penais, visando precipuamente proteger os direitos e garantias fundamentais ante uma perspectiva do Estado Democrático de Direito. Porquanto, surge no mundo jurídico a necessidade de interpretação sob o paradigma constitucional, mormente sob o enfoque das legislações penais,

¹⁶⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Por uma leitura garantista do sistema de controle social. In: GAVAZZONI, Antônio Marcos; MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar (Org). **Constituição, estado e garantismo jurídico**: diálogos cruzados. São Paulo: Conceito, 2012, p. 109/110.

¹⁶¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2ª ed. rev. Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 83.

buscando-se assim, o exercício da democracia substancial do direito e a partir do direito.¹⁶²

2.3 AS REFORMAS CAUSAIS E O RECRUDESCIMENTO DAS POLITICAS DE CRIMINALIZAÇÃO

O Direito encontra-se afetado por uma flagrante situação de crise(existencial), conforme já alertado por Ferrajoli¹⁶³, e esta, especialmente nos países de democracia tardia como o Brasil, se materializa com muito mais vigor no Direito Penal e Processual Penal através do recrudescimento das politicas de criminalização.

Este ramo do direito, que tem como principal (única) função a proteção dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal, salvaguardando os direitos fundamentais preconizados na Carta Política Republicana de 1988, acaba sendo desvirtuado de seu real papel em diversas situações, o que, inexoravelmente, faz transparecer uma outra face do Direito Penal, qual seja, o fim único de aplicação de pena como forma de retribuição pelas condutas tidas como “criminosas” desenvolvidas por uma pequena parte da população – *direito penal simbólico* –, para dar conta dos problemas sociais surgidos contemporaneamente com a globalização econômica mundial.¹⁶⁴

Com o Processo Penal a situação não é diferente pois, esquece-se da função deste como “instrumento de efetivação das garantias constitucionais”¹⁶⁵ para usurparem-no de uma função de “[...] simples instrumento a serviço do poder

¹⁶² BIZZOTTO, Alexandre; BRITO RODRIGUES, Andreia de. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. Goiânia: Editora AB, 2003, p. 15/17.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

¹⁶⁴ Para ANDRADE “[...] o saber oficial, além de atribuir ao Direito Penal a função de “proteção de bens jurídicos” universais, que interessam igualmente a todos os cidadãos, trata de atribuir também à pena funções socialmente úteis, consubstanciadas na dupla finalidade de retribuição (equivalente) e de prevenção (geral e especial) do crime. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 88.

¹⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

punitivo (Direito Penal)”.¹⁶⁶

No entanto, é mister destacar que “[...] redimensionar um problema e (re)construí-lo como problema social não significa que o melhor meio de responder a ele ou solucioná-lo seja convertê-lo, quase que automaticamente, em um problema penal (crime).”¹⁶⁷

Atualmente, impulsionado pelo avassalador avanço do capitalismo em um mundo globalizado, há uma excessiva apropriação de conceitos e preocupações transnacionais que, indubitavelmente, “invadem” o território nacional (perda da soberania estatal) a fim de implementar uma política criminal totalmente divorciada da realidade preconizada pela Constituição Federal, mitigando os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos sob a falsa ideia de proteção destes mesmos direitos com o uso indevido do Direito Penal e Processual Penal a seu “favor”. É uma total inversão de papéis, ou como acentua Aury Lopes Junior, é uma flagrante violação às “regras do jogo”.

O fenômeno da globalização econômica traz uma onda de transformação da cultura, a chamada *globalização cultural* onde culturas, estilos de vida e até mesmo a identidade das pessoas são transmudadas para uma nova forma apresentada (imposta), universal, transnacional, num flagrante desapego aos preceitos culturais soberanos de um Estado tido como nação individual.¹⁶⁸

O mundo ainda enfrenta, como apontado por Beck, uma imposição da economia. O que há na verdade é uma internacionalização da economia apresentada (imposta) ao resto do mundo, de forma globalizada na melhor expressão da ideologia neoliberal do capital.

Deste modo, a sociedade mundial fica reduzida e falsificada como uma sociedade do *mercado* mundial. Neste sentido, o globalismo neoliberal é

¹⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

¹⁶⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 85/86.

¹⁶⁸ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** equívocos do globalismo: resposta à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 84/85, com destaque no original.

uma manifestação do pensamento e da ação *unidimensional*, uma técnica de investigação *monocausal*, ou seja, economicista. Provem de uma mesma fonte o estímulo e o perigo desta metafísica da história do mercado mundial: da busca, da sede por simplicidade, do desejo de poder orientar-se em um mundo que deixou de ser transparente.¹⁶⁹

Neste cenário, fica clarividente que o mercado ditas as “regras do jogo” e, desse modo, faz transparecer interesse outros que não o estrito cumprimento da Constituição Federal pois, como visto, esta acaba sendo relativizada em prol de um poder maior, o mercado globalizado.

O Estado social democrático cede lugar aos anseios do neoliberalismo e, em especial referencia ao Direito Penal e Processual, estes são desvirtuados de suas verdadeiras funções, sendo utilizados como uma ferramenta de fortalecimento do avanço desenfreado do capital mundial em uma sociedade globalizada – intervencionismo economicista e expansão do Direito Penal.

Essa deslegitimidade Penal e Processual Penal é visto claramente com esse denominado intervencionismo de cunho econômico pois, como visto, o poderio econômico do mercado desagua na necessidade de um acolhimento da população que, em geral, por não ser abarcada pelos reais ganhos econômicos – vez que são os meios pelo qual o próprio capital de fortalece (relação parasita X hospedeiro) – acabam por resistir a essa forma de intervenção.

As Ciências Sociais contemporâneas evidenciam que há, para além das intervenções contingentes, uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, comum às sociedades capitalistas centrais e periféricas, que é a lógica da seletividade, que não apenas viola os princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais e os fins atribuídos ao Direito Penal e à pena mas é, num plano mais profundo, oposto a ambas.¹⁷⁰

¹⁶⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** equívocos do globalismo: resposta à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 205, com destaque no original.

¹⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89/90.

Surge com isso a necessidade de imposição às classes inferiores, na melhor forma de separação de classes econômicas (essência do capitalismo), de uma cultura do “medo”¹⁷¹ pois, com o avanço tecnológico, a globalização cultural e econômica, e o desenvolvimento vertiginoso das grandes cidades, faz surgir um novo conceito (forma) de crime e criminalidade, a exemplo: o crime organizado, o terrorismo, o tráfico de entorpecentes e o de pessoas para fins sexuais.

A globalização fez com que os Estados/sociedades fossem relativizados em sua estrutura limite-territorial em nome especificamente da economia e, desta forma, é ela a própria causa da injustiça que, conseqüentemente, faz emergir o conflito e a violência das classes menos abastadas.

A perversa “abertura” das sociedades implementada pela globalização negativa é ela própria a causa primeira da injustiça e assim, indiretamente, do conflito e da violência. Conseqüentemente, a segurança não pode mais ser alcançada, tampouco garantida, em um único país ou grupo destes, pois o projeto neoliberal de globalização é uma receita para a injustiça, onde a “[...] *desordem global e a violência armada alimentam-se, reforçam-se e se animam mutuamente.*”¹⁷²

Neste cenário, a “cultura do medo” ganha corpo vez que o Estado – por ter suas raízes fincadas na obediência de sua população em troca desta máxima proteção social das ameaças à sua existência –, acaba por se mostrar deficiente e incapaz de dar essa proteção generalizada à existência social e/ou individual bem como na ordem social e sua conseqüente segurança, sendo obrigado, portanto “[...] a mudar a ênfase da “proteção contra o medo” dos perigos à segurança social para os perigos à segurança pessoal”.¹⁷³

Galeano, comenta a chamada cultura do medo, ou melhor, o ensino do medo à sociedade afirmando que:

¹⁷¹ “Medo” é o nome que damos a nossa *incerteza*: nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser *feito* – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrenta-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance. Conceito proposto por Bauman em: BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 08.

¹⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 127, com destaque no original.

¹⁷³ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 11, com destaque no original.

Num mundo que prefere a segurança à justiça, há cada vez mais gente que aplaude o sacrifício da justiça no altar da segurança. Nas ruas da cidade são celebradas as cerimônias. Cada vez que um delinquente cai varado de balas, a sociedade sente um alívio na doença que a atormenta. A morte de cada malvivente surte efeitos farmacêuticos sobre os bem-viventes.¹⁷⁴

O individualismo imposto pelo globalismo capitalista contamina essa relação público/privado, em uma verdadeira dimensão reducionista dos interesses individuais, os quais, paradoxalmente, são transmitidos como sendo interesses públicos/coletivos. Esses são, indubitavelmente, os interesses do grupo econômico que detém o poder e, sob a falácia de privilégios dos interesses individuais frente aos dissabores da vida em sociedade, fomentam a individualidade dos que estão no poder em detrimento dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Para tanto, o Estado vê como a ferramenta mais apropriada e eficaz para tais interesses a alimentação do medo na sociedade, buscando com isso a efetivação de políticas intervencionistas estatal com a expansão do Direito Penal sob o pálio de mais segurança a sociedade.

“O Estado então “rebaixa” a luta contra os medos para o domínio da “política de vida”, dirigida e administrada individualmente, ao mesmo tempo em que adquire o suprimento de armas de combate no mercado de consumo”.¹⁷⁵

O medo é muito mais frenético e assustador, encontrando melhor abrigo na população em geral quando se apresenta “[...] difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço e motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la”.¹⁷⁶

¹⁷⁴ GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**: a escola do mundo ao avesso. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2011, p. 81.

¹⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 11, com destaque no original.

¹⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 08.

Grupos de pessoas – políticos principalmente –, sob a influencia latente da mídia, promovem o medo em benefício próprio, num verdadeiro paradoxo, ou seja, o medo é impingido à sociedade em geral sob o argumento de que as políticas de “segurança pública” (leia-se recrudescimento penal) devem ser cada vez mais disseminadas para a segurança de todos.

O que ocorre contemporaneamente é cada vez mais uma política expansionista do Direito Penal em prol do combate à violência cada vez mais *sofrida* pela população. Esse sofrimento, no entanto, se mostra uma verdadeira falácia pois, os índices de criminalidade – os quais, ao menos cientificamente tem o condão de mensurar o nível de violência das cidades – se apresentam quase sempre no mesmo nível (muitas vezes até menor), o que demonstra, indubitavelmente, que estes são apenas estratégias utilizadas pelos governantes, com a interferência absoluta da mídia, para aumentar a sensação de medo em toda a população para que, na espreita de ser a próxima vítima, clame por uma resposta (criminalizadora) estatal.

A economia de consumo depende da produção de consumidores, e os consumidores que precisam ser produzidos para os produtos destinados a enfrentar o medo são temerosos e amedrontados, esperançosos de que os perigos que temem sejam forçados a recuar graças a eles mesmos (com ajuda remunerada, obviamente).¹⁷⁷

Vendem-se o discurso do medo para a sociedade que, cada vez mais débil, acabam por *comprar* a ideia (im)posta de que somente com o recrudescimento das políticas criminalizadoras é que se pode combater a criminalidade que tanto *temem* – um verdadeiro paradoxo.

A mídia surge então com o *importante* papel neste falacioso processo de (in)formação à população acerca da violência que está tomando conta de todas as cidades – todo o mundo globalizado. É cediço e portanto despiciendo maiores

¹⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 15.

argumentações sobre o papel influenciador dos meios de comunicação no comportamento das pessoas em geral.

Os meios de comunicação de massa, no bojo da transmissão de seus programas, transmitem, propositadamente, (des)informações que pretendem revelar e, no mesmo sentido, outras que pretendem esconder como forma de desvio de interesse de seu público – o que é atingido por este quanto o que quer atingir.

A mídia, hodiernamente, fomenta a real existência de uma violência que acaba por levar o medo a todas as camadas sociais. O interesse maior, por óbvio, é a latente impregnação aos cidadãos da *mentalidade* de que a criminalidade é cada vez mais voraz, estando esta em todos os setores da sociedade, não escolhendo suas vítimas. Dessa forma, com o perigo ao lado, cada um, de forma cada vez mais individualizada, (deverá)poderá ser a próxima vítima. Essa é a filosofia propagada.

Há a penetração à sociedade da ideologia do medo, com a divulgação e tratamento pelos meios de comunicação de imagens, cenas e informativos de violência e crime, impingindo a população uma “[...] exagerada sensação geral de que há uma “zona de guerra” próxima, invisível e à espreita. Gera-se o conhecido sentimento generalizado de insegurança, a perturbar a “tranquilidade” das “pessoas de bem””¹⁷⁸.

As agências de comunicação social, ao agir de forma dramática sobre fatos e personagens reais, claramente vinculados a imagem de violência criminal, pretendendo com isso (im)por à todos um caminho sem volta ao recrudescimento penal, acaba por assumir, na verdade, o “papel próprio das agências executivas do sistema penal”, ou seja, os meios de comunicação em geral tenta (e quase sempre o faz) as vezes do Estado, na denominada “executivização” daquelas agências.¹⁷⁹

O Estado, por meio do uso da mídia (e vice-e-versa) propagam o discurso do medo para que a sociedade, cada vez mais sedenta por vingança e, acima de tudo, temORIZADA pelo fato de poder ser a próxima vítima daquela violência sem

¹⁷⁸ ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário**: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 110.

¹⁷⁹ BATISTA, Nilo. 2003b. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, jan.-mar. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilomidia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 06.jun.2012.

precedentes noticiada no *jornal nacional*, acaba, involuntariamente até, a legitimar a expansão do Direito Penal, com a criminalização desenfreada de condutas comuns.

“Num discurso de dois mundos – bem x mal – apresentado diariamente pela imprensa, o *imaginário social* se constrói cada vez mais pelo *espetáculo de sangue*”.¹⁸⁰

É uma espécie de Política Criminal às avessas, isto é, o Estado, incapaz de cumprir com seu papel no âmbito do bem estar social – crise do *Welfare State* citada por Ferrajoli¹⁸¹ – assume uma postura de carrasco, onde busca, com uma Política Criminal totalmente voltada a criminalização cada vez maior, sob o pretexto de proteção estatal aos cidadãos, fortalecer sua função seletiva economicista.

“A função latente e real do sistema não é, portanto, combater e eliminar a criminalidade mas, ao revés, geri-la ou controlá-la seletivamente.”¹⁸²

A mídia em geral faz com que seja demonstrado a população somente o que o Estado neoliberal quer e, sem esta – principalmente a televisão, por ter maior alcance às minorias – “[...] não seria, assim, possível induzir os medos no sentido desejado, nem produzir os fatos conflitivos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal.”¹⁸³

“Os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais, em qualquer de seus níveis e, fundamentalmente, em dois níveis que devem ser cuidadosamente diferenciados: a) o transnacionalizado; e b) o que responde às conjunturas nacionais.”¹⁸⁴

¹⁸⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Direito infracional**: garantismo, psicanálise, e movimento antiterror. Florianópolis: Habitus, 2005, p. 53.

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 16, tradução livre.

¹⁸² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 91.

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 128.

¹⁸⁴ “a) *Em nível transnacional*, os meios de comunicação de massa ocupam-se da precoce introjeção do modelo penal como um pretense modelo de solução dos conflitos através da “comunicação de diversão”, isto é, justamente através da introjeção que parece mais inofensiva.”

O processo legislativo atendendo cada vez mais aos interesses econômicos conjunturais, criam, nos dizeres de Ferrajoli, as leis-atos, ou seja, legislação penal causal de cunho estritamente emergencial.

É a clara manipulação midiática *social* para a legitimação de um Estado cada vez mais forte criminalmente, com a inflação legislativa de emergência, sob a forma de atenção aos anseios da sociedade, vez que o Estado, “[...] para garantir o “jogo limpo” mercadológico a única política pública que verdadeiramente se manteve em suas mãos é a política criminal”.¹⁸⁵

O cenário atual é de uma legislação fragmentaria, “[...] com a inflação legislativa provocada pela pressão dos interesses setoriais e corporativos, e a perda de generalidade e abstração das leis, a crescente produção de leis-ato, o processo de decodificação e o desenvolvimento de uma legislação fragmentaria, inclusive em matéria penal, habitualmente sob o sinal de emergência e exceção.”¹⁸⁶

“A equação penal – se houve delito, tem que haver pena – é a lente ideológica que se interpõe entre o olhar da mídia e a vida, privada ou pública”¹⁸⁷, vez que, a população em geral está literalmente contaminada pelo aparato de propaganda estatal do sistema penal.

O Estado (penal), portanto, precisa exercer o seu poder e, para tanto, utilizando-se dos meios de comunicação de massa especialmente, acabam por impingir o medo a população que, crente(temente) que a única saída é o recrudescimento penal, clamam para a criação de leis-atos, criadas nos estados

“b) *Em nível das conjunturas nacionais*, os meios de comunicação de massa têm a função de gerar a ilusão de eficiência do sistema, fazendo com que apenas a ameaça de morte violenta por ladroes ou de violação por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão sejam percebidos como perigo.

Mais concretamente, são os meios de massa que desencadeiam as campanhas de “lei e ordem” quando o poder das agencias encontra-se ameaçado. ”ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 128/129.

¹⁸⁵ BATISTA, Nilo. 2003b. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, jan.-mar. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilomidia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 06.jun.2012.

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 16, tradução livre.

¹⁸⁷ BATISTA, Nilo. 2003b. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, jan.-mar. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilomidia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 06.jun.2012.

emergências fomentados pela mídia, gerando uma inflação legislativa de cunho especificamente criminalizador.

Nilo Batista ponderando sobre a expansão do Direito Penal como forma de “combate” ao excesso de contingentes humanos criados pelo próprio sistema, em face da ausência de políticas públicas sociais e o expansionismo mercadológico globalizado, assevera que:

O empreendimento neoliberal, capaz de destruir parques industriais nacionais inteiros, com conseqüentes taxas alarmantes de desemprego; capaz de “flexibilizar” direitos trabalhistas, com a inevitável criação de subempregos; capaz de, tomando a insegurança econômica como princípio doutrinário, restringir aposentadoria e auxílios previdenciários; capaz de, em nome da competitividade, aniquilar procedimentos subsidiados sem considerar o custo social de seus escombros, o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza.¹⁸⁸

E continua: “A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou”.¹⁸⁹

Ao Estado, resta apenas o emprego simbólico do sistema repressivo como canal principal de regulação social, ou seja, “Prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe [...]”¹⁹⁰, abandonando por completo o compromisso social.

Como consequência deste afastamento do Estado social, tem-se a

¹⁸⁸ BATISTA, Nilo. 2003b. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, jan.-mar. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilomidia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 06.jun.2012.

¹⁸⁹ BATISTA, Nilo. 2003b. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, jan.-mar. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilomidia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 06.jun.2012.

¹⁹⁰ BATISTA, Nilo. 2003b. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 42, jan.-mar. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilomidia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 06.jun.2012.

equação de que quanto menos Estado-Providência mais Estado-Penal, como forma de contenção da marginalização social, pregando a supremacia estatal em detrimento dos direitos e garantias do indivíduo preconizados na Carta Política Republicana.

“O discurso da lei e da ordem conduz a que aqueles que não possuem capacidade para *estar no jogo* sejam detidos e neutralizados, preferencialmente com o menor custo possível. Na lógica da eficiência, vence o *Estado-Penitência*, pois é mais barato excluir e encarcerar do que restabelecer o *status* de consumidor, através de políticas públicas de inserção social”.¹⁹¹

É a perfeita contradição neoliberal globalizada pois, os mesmos – países, partidos, políticos e professores – que ontem militavam em favor de “menos Estado”, em atenção aos privilégios do capital, hoje exigem, com a mesma voracidade, “mais Estado”, mas este, a fim de mascarar e acima de tudo conter as consequências sociais deletérias.¹⁹²

“[...] à *atrofia deliberada do Estado social* corresponde a *hipertrofia do Estado penal*: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro.”¹⁹³

As garantias constitucionais, muitas vezes, acabam sendo encaradas como um entrave ao funcionamento do sistema punitivo como um todo, desde as leis de criminalização e penalização até a própria estrutura que lhe esta a serviço, sendo assim adjetivado por boa parte até mesmo da população como fraca e inoperante frente ao avanço dessa “nova” criminalidade.

A legislação penal e processual penal existente, portanto, é criticada pelo seu anacronismo e, sobretudo, sobre a sua incapacidade de atender a essa nova realidade globalizada violenta.

Neste panorama, fomentado especialmente pela mídia como principal

¹⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

¹⁹² WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 77.

¹⁹³ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 80.

aliado ao interesses do capital, o Estado opera um desvirtuamento no sistema pátrio, criando leis paridas sob o manto da emergência, as quais, desmoronam o incipiente labor da cultura da normalidade, alimentando o emprego promocional e simbólico do sistema repressivo, ou seja, um recrudescimento das políticas de criminalização.¹⁹⁴

No estado de emergência, “[...] onde leis repressivas de caráter substancial ou instrumental pululam quotidianamente no contexto jurídico, propagandeadas que são como a pronta resposta estatal às pressões momentâneas, e acabam esquecidas na proporcional velocidade com que a veiculação de sua existência deixa os noticiários”¹⁹⁵, surgem diversas aberrações legislativas com o único fito de legitimar a política expansionista criminalizadora.

Cite-se como exemplo dos mais gritantes – para não se afirmar que todas o são –, mesmo no pós Constituição Federal de 1988, a famigerada Lei dos crime hediondos (nº 8072/90), a Lei de combate ao crime organizado (nº 9034/95) e a Lei de lavagem de dinheiro (nº 9613/98), as quais foram paridas sob o pálio emergencial (legislação causal), com o proposito único de recrudescimento criminalizador para, as avessas de uma política criminal séria, (calar) responder aos anseios da sociedade temente pelo medo disseminado pelo próprio Estado.¹⁹⁶

É a clarividente adoção (importação à fórceps) de uma política criminal denominada *law and order* onde, para atender ao pretenso(criado) caos social e restaurar a lei e a ordem, tendo como fundamento principal a pena com caráter meramente retributivo, hipertrofiam o sistema jurídico com legislações criminalizadoras estritamente causais, pretendendo com estas cumprir o papel de regulador social, como se a criação de mais tipos criminalizadores fosse a chave do sucesso e da paz social.

Na verdade, a realidade é exatamente oposta, ou seja, “[...] o direito penal assim empregado mascara as verdadeiras raízes culturais, sociais e econômicas que estão por detrás dos problemas rotulados globalmente como criminalidade”, pois

¹⁹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139.

¹⁹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131/132.

¹⁹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139/140.

essa hipertrofia legislativa penal não cumpre as promessas que supostamente a legitimaram, devendo, então, avaliar realmente “[...] o custo sistêmico que ela impõe e o grau de desvirtuamento da cultura da normalidade que determina”.¹⁹⁷

Por fim, a esquemática contemporânea pode ser traduzida na seguinte fórmula: há uma redução do Estado de bem estar social, motivado pelo avanço do capital e, via de consequência, o aumento das desigualdades sociais. Dessa desigualdade social exsurge um excesso de “contingente” que, sem encontrarem lugar na sociedade, devem ser abduzidos pelo sistema penal. Assim, há um recrudescimento da política de criminalização para que tais indivíduos sejam mais uma vez marginalizados e escolhidos como alvo do braço punitivo estatal, retroalimentando o mercado globalizado capitalista.

No entanto, para que tal prática seja efetiva, necessário se faz a graça da população em geral e, para tanto, surge como um dos mecanismos estatal a fomentação da ideologia do discurso do medo – utilizando-se da mídia como fundamental aliado nesse processo –, no qual atemoriza a sociedade como um todo e, neste diapasão, esta clama para uma resposta estatal para a redução dessa violência (crime) e a proteção individual, a qual passa pela criminalização desenfreada – expansão do Direito Penal.

Nesse quadro caótico de expansão penal – com a legislação causal atendendo os anseios e interesses emergenciais – o que se vê, na verdade, é o Estado tentando alcançar sua eficiência (anti)garantista (puramente economicista) frente as sociedades contemporâneas globalizada, num perfeito movimento transnacional de mitigação das garantias constitucionais.

¹⁹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 144/145.

CAPÍTULO 3

NEOLIBERALISMO E O MOVIMENTO TRANSNACIONAL DE MITIGAÇÃO DE GARANTIAS: A AÇÃO EFICIENTE DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3.1 A EFICIÊNCIA (ANTI)GARANTISTA DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL

O atual cenário mundial é marcado pelo clarividente “domínio” neoliberal, onde o Mercado, como um verdadeiro *Deus*¹⁹⁸, impõe o seu discurso a todos os seus súditos, no melhor exemplo de *Império*¹⁹⁹, para se usar a gramática de Hardt e Negri.

Essa imposição do Mercado encontra um terreno cada vez mais fértil num mundo globalizado onde a busca pelo “sucesso”, o qual é implantado na mentalidade de todos, especialmente àqueles (maioria) que estão às margens das “benesses” do capital, é a principal característica que o legitima.

A globalização fez com que os Estados, vistos como nação soberanas individualizadas, rompesse com essa limitação limítrofe-territorial em nome do avanço do capitalismo e, com isso, o mercado passou a ser a propulsão idealizadora (dominadora) do mundo globalizado contemporâneo.

Com esta nova ordem mundial, os Estados, sozinhos, são incapazes de

¹⁹⁸ Marcelino explica que: Trabalhando com esta “sacralização” da lei e com a dualidade “paraíso” (céu) e “inferno” (caos), os neoliberais transformam, como num truque de mágica, questões fictícias e ilusórias em questões religiosas (de fé). Equiparando o Mercado a Deus – por entenderem de características coincidentes: entidade abstrata, de origem desconhecida e que conduz a todos ao caminho do bem e da libertação -, os neolibertários tratam os contrários como revoltosos, como verdadeiros “lúcifers”. MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 213/214.

¹⁹⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Império*. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

provocar modificações significativas, tendo, no entanto, “[...] resguardada a função interna de garantia da ordem social mediante o agigantamento do sistema de controle social (crimes, penalização e programas sociais), não sem a intervenção de organismos internacionais [...]”²⁰⁰, o que, invariavelmente, destrói toda a estrutura dos ordenamentos jurídicos internos.

Com o neoliberalismo, o mercado passou a ter um lugar essencial nas relações entre os Estados – globalização – e, neste norte, os indivíduos passaram a serem constantemente defrontados com novas circunstâncias que, por certo, acabam por flexibilizar direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, a qual, por certo, é vigente apenas em cada Estado dentro de sua limitação soberana.

Com o fim de unificar o mercado mundial, na ótica da globalização econômica contemporânea, as normas e relações comerciais devem atender ao novo modelo, ou seja, diminuição de custos e especialmente riscos das transações que, os Estados sozinhos, são incapazes de atender, embora tenham a precípua função na “esfera do controle social”.²⁰¹

Assim, o Mercado assume um papel de garantidor do bem estar social, num verdadeiro paradoxo, vez que é exatamente na redução do *Welfare State* que ele se retroalimenta. O Mercado, na melhor essência do discurso neoliberal economicista, funciona(ria) como “o protetor, o salvador” da população, sob a falaciosa garantia dos direitos fundamentais: *Big Brother is watching you*.²⁰² A mão *invisível* de proteção social. Vã pretensão...

“A questão social é circunscrita dentro dos limites máximos à estabilização econômica, alterando o critério do modelo do «Bem Estar Social»”.²⁰³

O indivíduo, nesta ótica, é alçado a condição de *mero* consumidor (o senhor cliente), objeto do mercado, onde, utilizando-se dos mecanismos de persuasão, em especial os meios de comunicação de massa que têm o poder de

²⁰⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51/52.

²⁰¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52.

²⁰² ORWELL, George. **1984**. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003, p. 03.

²⁰³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 53.

transmitir mensagens subliminares convenientes, os neoliberais trabalham no âmbito da *doxa*, da crença, forçando a todos a amar e idolatrar o Mercado, que se revela exatamente no consumo desenfreado. Os indivíduos são transformados “[...] em selvagens competidores em busca de um sucesso, no todo, inalcançável”.²⁰⁴

É exatamente o que ocorre, conforme afirma Orwell em sua obra 1984²⁰⁵, com Winston nos "Dois minutos de ódio" (parte do dia em que todos os membros do partido se reúnem para ver propaganda enaltecendo as conquistas do Grande Irmão e, principalmente, direcionar o ódio contido contra os inimigos)²⁰⁶ onde, por mensagem subliminar (nem tanto), implanta-se na mentalidade de todos que devemos odiar algo (o Estado Social) e, em contrapartida, se identificar com algo *verdadeiramente* bom, o Mercado – fortalecendo-o deliberadamente.

Talvez o grande golpe do neoliberalismo seja o atrelar seus fundamentos à noção de “capitalismo democrático” e, deste modo, como único meio de crescimento econômico, manipula-se o discurso para promover uma nova ordem mundial.²⁰⁷ O modelo passa a ser o “custo/benefício (eficiência – maximização de riqueza)”.²⁰⁸

“As prioridades do sistema não são mais os sentimentos e as convicções racionais do indivíduo, mas sim seus instintos, impulsos e necessidades – a serem sedutoramente atendidas pelo Mercado, sempre”.²⁰⁹ É flagrante o fenômeno da coisificação do sujeito humano.

No entanto, em alguns países (periféricos), em especial os que possuem Constituição rígida como o Brasil, os neoliberais encontra(ram) certa dificuldade para impregnar de vez sua ideologia, vez que, em tais países havia ainda postura dos legalistas que insistiam em apresentar obstáculos para a legitimação do discurso

²⁰⁴ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 189.

²⁰⁵ ORWELL, George. **1984**. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

²⁰⁶ ORWELL, George. **1984**. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003, p. 07/14.

²⁰⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 49/50.

²⁰⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51.

²⁰⁹ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 199.

economicista, mais precisamente, a ausência de previsão normativo-constitucional.²¹⁰

Neste diapasão, o Brasil apresenta também dificuldade à implementação ideológica neoliberal pelo seu perfil social democrático, onde, tem-se na própria Constituição Federal a previsão de um Estado de Bem Estar.

O neoliberalismo então, para legitimar seu latente discurso ideológico economicista, age para minar a figura do Estado propriamente dito com o uso da mídia para, sob o pretexto de crescimento do próprio Estado e, via de consequência, o aumento do “Bem Estar Social”, implantar à população em geral que a figura do Estado como se apresenta(va) sugere um verdadeiro obstáculo para o crescimento do país no cenário mundial. O Estado é apresentado à população pela mídia, especialmente a televisão pelo seu maior alcance, como (a) causa dos (todos) males sociais.

“A «manipulação do medo» passa a ser a pedra de toque do discurso ideológico do mercado livre, apresentando-se com a face «humanitária»²¹¹, a face oculta neoliberal-economicista.

No entanto, este meio de ataque neoliberal de cunho estritamente econômico se mostra um tanto quanto insuficiente para fazer imperar de forma declarada sua principal ideologia eficientista de custo-benefício.

Diante desse quadro outra alternativa não resta aos neoliberais senão o golpe de mestre (fatal): a promulgação da *Emenda constitucional nº 19 de 04/06/1998*, o denominado *Princípio da Eficiência Administrativa* – inserido no artigo 37 da Constituição Federal. Com tal emenda, o discurso neoliberal ataca o Estado brasileiro *por dentro*, ou seja, dentro de sua própria estrutura Constitucional.

Os neoliberais, aproveitando-se da fragilidade e da curta tradição

²¹⁰ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 178/181.

²¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

democrática de um país que tentava a duras penas consolidar um processo de redemocratização pós-ditadura, e com o irrestrito apoio da mídia – que com o seu formato *yanke* tipo “*me engana que eu gosto!*”, sempre deslocando o foco para o telejornalismo de fachada e para a dramaturgia novelística acrítica –, com certa facilidade, e debaixo dos narizes dos “intelectuais” da área, conseguiram aderir ao texto constitucional sua principal marca e base de sua ideologia: *a ação eficiente*.²¹²

Marcelino alerta que, sob os anseios de uma reforma de caráter eminentemente *gerencial*, a inserção constitucional de tal princípio não fica adstrita a “apenas” mais um princípio, mas sim “[...] o principal e paradigmático princípio que acabou por vincular todos os demais, constituindo praticamente em uma perigosa *metanorma*”. Com essa, o Estado brasileiro passou a se legitimar e, conseqüentemente, todas as praticas da administração pública deve obedecer a lógica da “relação custo-benefício eficiente”.²¹³

Com a inserção do princípio da eficiência no artigo 37 da Constituição Federal brasileira, o neoliberalismo econômico consegue então fincar sua *marca epistêmica*, de sorte que a população, conseqüentemente, acaba igualmente sendo atingida por esta mesma “marca”, escamoteada em um discurso de que é algo mais do que desejado por todos. “Eh, ôô, vida de gado, povo marcado ê, povo feliz”.²¹⁴

“Cria-se, assim, um novo princípio jurídico: «o do melhor interesse do mercado». O Direito é um meio para o atendimento do fim superior do «crescimento econômico»”²¹⁵

Tal emenda demonstra claramente a mudança de paradigma imposta ao Estado brasileiro, tendo na ação eficiente o princípio norteador, com a implementação de elementos do livre mercado no próprio Estado e, nada mais conveniente do que sua inserção na lei máxima legitimadora de todo o Estado. Não

²¹² MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 182/183.

²¹³ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 182, com destaque no original.

²¹⁴ Refrão da celebre música *Admirável Gado Novo*, composição do músico Zé Ramalho.

²¹⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51.

só o Poder Executivo tinha que ser menos intervencionista, mas igualmente o Poder Judiciário, e esse, talvez seja esse o alvo principal.²¹⁶

Tal cenário, curiosamente, é aplaudido de pé pelos “expectadores” como se a saída para todos os problemas estivessem no verdadeiro desmantelamento estatal e o consequente fortalecimento do capital. “Estava, pois, rebatizado com “pompas” e “aplausos” pelo jurídico o eficientismo-economicista neoliberal”.²¹⁷

Não se trata mais de num cotejo entre campos – econômico e jurídico –, mas na prevalência irrestrita da relação custo-benefício. Este discurso maniqueísta entre eficientes de um lado e ineficientes de outro, seduz aos incautos de sempre, os quais olham, mas não conseguem perceber o que se passa.²¹⁸

A população em geral, movida é claro pela falsa percepção do discurso economicista que está escamoteado nesse falacioso eficientismo neoliberal, vê a implementação de tal princípio na Carta Política Republicana como a “panacéia para os problemas da administração pública”²¹⁹, especialmente em períodos eleitorais, onde se propala a ideia de que a máquina pública deve ser enxuta e *eficiente*, alcançando assim o bem estar da (parte) população.

Sob o ardiloso discurso de que sendo a Administração Pública *eficiente* certamente o Estado assim o será e, consequentemente, estará consagrado as garantias fundamentais previsto na Constituição Federal é que o neoliberalismo consegue fincar sua marca com a aceitação legitimadora da população menos avisada.

²¹⁶ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. Reflexões sobre a Análise Econômica do Direito, disponível em: <<http://juliomarcellino.blogspot.com.br/2009/10/reflexoes-sobre-analise-economica-do.html>> acesso em 30 jun. 2012.

²¹⁷ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 185.

²¹⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. Judiciário entre eficiência e eficácia: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88. **Encontro Cainã**, em Petrópolis, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com/2009/10/judiciario-entre-eficiencia-e-eficacia.html>>. Acesso em 28 jun. 2012.

²¹⁹ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 188.

Cabe marcar que o “Princípio da Eficiência” produziu um câmbio epistemológico do Direito, tornando a forma de pensar a partir de meios, reproduzindo vítimas. Claro. Vítimas de um modelo de Estado do Bem Estar Social não realizado e que se encontra, paradoxalmente, em desconstrução. Dito de outra maneira, o Estado Social é imaginariamente desfeito sem nunca ter sido, efetivamente, erguido. Trata-se da destruição de ruínas-sociais.²²⁰

Ocorre que a população em geral se deixa levar por esse processo falacioso e distorcido da realidade pois, nesta condição, os indivíduos são alienados coletivamente o que se mostra um campo fértil para a proliferação do discurso economicista.

Tal alienação se prolifera na condição de adversidade em que a população geralmente se depara, onde, na competição inescrupulosa implementada pelo capitalismo, “[...] importando *não somente vencer, mas mostrar ostensivamente a todos que venceu!*”²²¹, a desordem e o descontrole é o que impera. E isso é exatamente o que se pretende com tal discurso, ou seja, o Mercado, com suas forças ocultas – mascarado por sua simbólica *liberdade* –, acaba por regular essa competição e, ao final, todos “ganham” com isso. Essa é a ideologia neoliberal.

Quanto mais desolado e sem rumo estiver o indivíduo, maior seu apego a quem lhe der guarida. Aí está o lugar do Capital.

É no estado de crise – estratégia neoliberal – que o indivíduo é então colocado à prova e, sobreviver, passa então a ser questão de competir e vencer, não importa o custo - que quanto maior melhor, viva o *consumo*.²²² “Desestabilizado

²²⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. Judiciário entre eficiência e eficácia: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88. **Encontro Cainã**, em Petrópolis, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com/2009/10/judiciario-entre-eficiencia-e-eficacia.html>>. Acesso em 28 jun. 2012.

²²¹ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 190, com destaque no original.

²²² MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 189/192.

e inseguro, o sujeito torna-se presa fácil do receituário neoliberal”.²²³

“GUERRA É PAZ. LIBERDADE É ESCRAVIDÃO. IGNORANCIA É FORÇA”.²²⁴

Assim, vislumbra-se claramente os alvos (declarados) dos neoliberais quando buscam legitimar a ação eficiente no processo de alienação coletiva, quais sejam: os *funcionários públicos* e o *sujeito humano*.²²⁵

Os funcionários públicos são facilmente adestrados para agirem de modo irrefletido, acrítico, encarados como (mais) um dente de uma grande engrenagem, tudo em busca da eficiência de seu trabalho, o qual se traduzirá estritamente em atividade matematizada.²²⁶

O que importa não são os fins que um serviço público efetivo poderia alcançar (por exemplo: redução do analfabetismo, redução da exclusão social, etc.), mas sim a produtividade numérica e estatística que se poderia verificar, voltada, é claro, para a “otimização” dos gastos.²²⁷

O estabelecimento do critério *eficiência*, como a nova categoria a ser adorada (e alcançada a qualquer custo), sob o manto da melhor alocação de recursos do mercado, implica na avaliação das Instituições por suas consequências na relação custo/benefício. As “[...] Instituições Judiciais criadas servem como garantes externos, facilitadores genéricos (sem interesse aparente de um grupo específico), da eficiência do mercado”.²²⁸

²²³ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 191.

²²⁴ ORWELL, George. 1984. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003, p. 05.

²²⁵ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 1194/196, com destaque no original.

²²⁶ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 1994/195.

²²⁷ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 195, com destaque no original.

²²⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law &**

O próprio Poder Judiciário é apontado pelo discurso capitalista como sendo burocrático e lento, especialmente no tocante aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, totalmente na contramão da dinâmica que o mercado exige, o que, conseqüentemente, constitui um alto custo às transações de um mercado eficiente.²²⁹

O processo, até então tido como a garantia da construção da verdade intersubjetiva, ao longo do tempo, com a “finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais”²³⁰, transforma-se – pelo discurso latente neoliberal – em um transtorno a ser urgentemente superado em nome da eficiência.²³¹

Em um mundo em que o que conta é número de processos julgados ao final do mês, em que a qualidade é contingência, dado que a importância reside nos *score*, exige-se dos atores jurídicos (magistrados, ministério público, advogados e auxiliares), a lógica do custo benefício.²³²

Como segundo alvo dessa ação eficiente tem-se o *sujeito humano*, o qual passa a ser visto a partir de uma relação estritamente de *consumo*. A eficiência deve ser trabalhada para ir além da administração pública, para atingir-se os sujeitos a vislumbrarem a ação eficiente estatal como a *única saída* para todas as relações humanas. E isso é exatamente o que estão conseguindo os neoliberais como aponta Marcelino: “[...] a eficiência hoje é exigida, quase que como uma fé, para a educação dos filhos, para as relações conjugais, para o ensino de formação, para obter sucesso e prosperidade na vida pessoal, *enfim, para (quase) tudo!*”.²³³

economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 59-69.

²²⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 61/62.

²³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

²³¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 62.

²³² MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 64.

²³³ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 197, com destaque

Tornando-se verdadeiro paradigma a partir do qual toda a atuação estatal deve estar pautada, a eficiência – sempre ancorada nos demais parâmetros neoliberais como a *concorrência*, *produtividade* e *competitividade* – se reveste de caráter ético-universal como se fosse a única alternativa para a resolução dos problemas da pátria.²³⁴

No atual sistema neoliberal economicista, o qual impõe a ação eficiente, despreza os sentimentos e as convicções racionais do indivíduo para focar em “[...] seus instintos, impulsos e necessidades – a serem sedutoramente atendidos pelo Mercado, sempre”.²³⁵

É que confundindo *efetividade* (fins) com *eficiência* (meios), utilizando-se os dois *significantes* como sinônimos, sempre no afã da busca pelo melhor, que muitos atores jurídicos caem na armadilha do discurso *neoliberal*, ao preço da exclusão e da democracia, por se *vilipendiar os direitos e garantias Constitucionais*.²³⁶

Com a eleição da ação eficiente à categoria de princípio constitucional, arraigado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, a sociedade procedeu a um *câmbio epistemológico*²³⁷, ou seja, abandonou a relação causa-efeito para seguir a eficiência como parâmetro de atuação, mas isso, sem que seja percebido o real significado de tal situação, “Afinal, eficiência é o ponto central; é a marca epistêmica do pensamento neoliberal; é a base da estrutura da competição; da selvageria; é aquilo que propicia que irmão, sem ser Saturno, engula irmão; que irmão mate irmão”.²³⁸

no original.

²³⁴ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 188, com destaque no original.

²³⁵ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 199.

²³⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal:** a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006, p. 214.

²³⁷ Terminologia utilizada por MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 10, 2003, p. 54.

²³⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional na realização do

“Essa busca, ou melhor, compulsão por *eficiência*, faz com que exista a pretensão de melhoria na *qualidade (total)* dos processos em nome do *consumidor* [...]”²³⁹, o que, inexoravelmente, redundará em um atropelo das garantias constitucionais e, conseqüentemente, acaba por cobrar “*o preço da democracia*”²⁴⁰.

O problema – e é aqui que se encontra a chicana deste câmbio –, é que grande parte da sociedade sempre pensou, com a expressão *eficiência*, estar falando em ação dos serviços públicos, de garantia e implementação de Direitos Fundamentais. E o propósito da ideologia individualista que sustenta o paradigma da ação eficiente é exatamente o contrário: *é nos legar um Estado mínimo, sonegador de direitos e garantias!* Com essa inversão linguística, esse verdadeiro *golpe de cena*, os neoliberais, apropriando-se das estratégias de *marketing* dos oficiais nazistas, fazem com que todos queiram e peçam o que realmente não querem.²⁴¹

A Liberdade – categoria primordial neoliberal econômica – pregada com especial fim pelo discurso neoliberal economicista, camuflada pela ação eficiente do Estado é, talvez, o principal fator legitimador de todo o avanço do Mercado e, com este, os efeitos nefastos ao Estado e a democracia via de consequência.

Essa Liberdade (ilimitada) do Mercado, com a ação eficiente imposta de forma latente pelo neoliberalismo, paradoxalmente, se traduz em um discurso totalitário. Como alguns (vários) direitos sempre serão insatisfeitos, prioriza-se a otimização de ações guiadas para a satisfação dos direitos fundantes do neoliberalismo, a *liberdade* e a *propriedade*, o quais, nesta esteira, são postos como verdadeiros *dogmas* legitimadores de uma “Teoria da Justiça”²⁴².²⁴³

Estado Social. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 10, 2003, p. 54.

²³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006, p. 213.

²⁴⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 62, sem destaque no original.

²⁴¹ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 188, com destaque no original.

²⁴² Teorias da justiça: cada um no seu justo lugar indicado pelo Mercado. A reação pode acontecer ao se negar a existência de um justo lugar pré-dado nesta estrutura condicionada pelo critério economicista. *In*: MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a**

O neoliberalismo, por considerar as ideias do Estado de Bem-Estar uma ameaça ao Mercado, tido como a verdadeira fonte da Democracia, especialmente por essa *liberdade* inculcada, busca a diminuição do Estado, apresentando-o como verdadeiro empecilho ao “bem-estar social”. “Ordem natural” e “Mercado” são os *slogans* difundidos”.²⁴⁴

O neoliberalismo, defende um Estado mínimo em nome do livre-mercado pois, o Mercado, por sua essência, se mostra equilibrado vez que somente neste cenário é que a sociedade é realmente livre – buscando se legitimar em preceitos constitucionais –, onde prevalece a liberdade de todos, indiscriminadamente, circunscrita é claro, no conceito de propriedade, a qual, por sua própria natureza já é excludente. Ou você tem, e portanto está incluído, ou você não tem, e então, lhe sobra a (falta de) “sorte”...

Em nome da liberdade e com o objetivo de não ceder um milímetro na luta contra a inflação, o novo inimigo interno a ser combatido em nome do (dito) desenvolvimento econômico. Ao Estado compete retirar os entraves de uma economia que deve funcionar livremente conforme as leis do mercado. Este discurso surge para (re)legitimar as desigualdades de sua matriz, dado que fundadas na propriedade privada, excludente por definição (um é proprietário enquanto os outros não) e na liberdade de contratar. O discurso de clara estrutura religiosa, da fé no mercado, naturaliza a «justiça da desigualdade», carro chefe e latente do discurso neoliberal da «igualdade».²⁴⁵

Com esse discurso o neoliberalismo defende que um Estado de bem-estar não se justifica numa democracia liberal e, portanto, “[...] a pobreza e a miséria são circunstanciais e decorrentes da ‘seleção de Mercado’ – afinal de contas, segundo os neoliberais, alguém terá de ganhar e outro perder no jogo (catalaxia)

law & economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 65, em nota de rodapé.

²⁴³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 65, com destaque no original.

²⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006, p. 214, com destaque no original.

²⁴⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Discurso Neoliberal e Estado Democrático de Direito: **Ciências Sociais Aplicadas em Revista** – Cascavel, 2008, n. 15, 2o sem 2008, p. 31. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/3164/2496>> acesso em 26 de jun. 2012.

mercadológico”.²⁴⁶

Ademais, nesta mesma esteira, tem-se que o Mercado por si só *corrige e equilibra* a distribuição de riquezas e oportunidades pois, somente desta forma, segundo o discurso economicista latente, é que a sociedade (poderá) alcançará a efetiva democracia – dissimulada liberdade individual.

No entanto, com o modelo eficientista – e com a lógica custo-benefício que ela propugna –, tem-se no texto constitucional um grande anacronismo. Direitos Fundamentais Sociais exigem postura interventora e positiva do Estado que se chocam, pois, frontalmente, com o receituário de custos. O eficientismo busca um Estado mínimo, sonegador de direitos, em detrimento absoluto de um Estado social como o sonhado pelo constituinte de 1988. E reconhecer isso, torna-se fundamental para melhor compreender as manietações ideológicas e as nocivas repercussões da ascensão do econômico sobre o jurídico – que, de longa data, pretende se estabelecer.²⁴⁷

Neste diapasão, o neoliberalismo necessita igualmente de um *Estado-sócio*²⁴⁸ o qual, sob o pretexto de fazer cessar possíveis rebeldes da sociedade frente o Mercado e seu discurso eficientista, entraria em cena com sua mão punitiva – Direito Penal – para a manutenção do sistema.

Àqueles que são considerados “excluídos” das *benesses* do capital, sob a ótica neoliberal, restaria “[...] o “eficiente” sistema penal, relegitimado em instrumento de poder”.²⁴⁹

²⁴⁶ ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 11. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf> acesso em 01 de jul. 2012.

²⁴⁷ ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 15. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf> acesso em 01 de jul. 2012.

²⁴⁸ Terminologia utilizada por ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 11, Ago-Dez. p. 15. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf> acesso em 01 de jul. 2012.

²⁴⁹ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:**

A concepção economicista, no entanto, reconhece que no Mercado existem falhas (externalidades, monopólio, bens coletivos) que acabam por exercer influência direta no grau de eficiência da alocação de recursos em sociedade. Neste casos, entende-se que o Estado, aquele estorvo de primeiro momento, teria uma função estratégica: a de intervir, através do ordenamento, para corrigir ou compensar tais falhas. O objetivo seria o de neutralizá-las permitindo que o Mercado “espontaneamente” atingisse de volta o seu “equilíbrio natural”. É o Estado na condição de sócio preferencial do Mercado.²⁵⁰

Aí está então o papel “útil” do Direito que, em compasso com a Economia, faz com que a ideologia neoliberal eficiente desfile em segurança (mercantil), especialmente quando vem a tona as “falhas” advindas do mercado, diminuindo com isso os custos, na estrita referencia à maximização das riquezas.

3.2 DIMINUIÇÃO DAS GARANTIAS/DIMINUIÇÃO DOS CUSTOS (VISÃO ECONOMICISTA)/AUMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO

Dentro dessa ótica de melhor interesse do Mercado, visando a concretização da *ação eficiente* neoliberal, o Direito se mostra como um meio para o atendimento do fim superior, o crescimento econômico a qualquer custo. Na perspectiva de unificação do mercado mundial, faceta principal da globalização, as normas de comercio devem se adequar ao novo modelo visando a diminuição dos custos e os riscos das transações. Para tanto, o Direito deve servir (estar à serviço) para essa adequação estrutural mediante as reformas constitucionais, legislativas e normativas executivas.²⁵¹

(des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 230, com destaque no original.

²⁵⁰ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 223, com destaque no original.

²⁵¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51.

Ao Estado, reduzido a um poder soberano relativizado pela nova ordem mundial (econômica), fica restrito a “[...] garantia da ordem social mediante o agigantamento de controle social (crimes, penalização e programas sociais)[...]”²⁵², tudo a mercê da estabilização econômica, alterando, inclusive os critérios do modelo de Bem Estar Social.

Funcionando como um verdadeiro disfarce do discurso neoliberal, o desenvolvimento econômico é apresentado como a única saída para as exigências advindas da globalização e, para tanto, são implementados programas de controle social, em especial o recrudescimento penal, sob o enfoque de combate à pobreza e sua consequente assistência. Nesta esteira, diminui-se o orçamento estatal com saúde, educação, previdência social e demais direitos fundamentais coletivos entregando-os ao capital privado e, acima de tudo, implementa-se o combate à corrupção, dentre outras, como sendo medidas extremas mas necessárias ao bom funcionamento do mercado.²⁵³

Com este panorama, Alexandre Morais da Rosa conclui que “Apesar deste realinhamento estatal, a ideia do mercado como mecanismo ótimo de auto-resolução de desigualdades permanece inatacado. Este seria, enfim, para os neoliberais, o «Estado Eficiente»”.²⁵⁴

Assim, o Direito, que por si só já se apresenta como um mecanismo de dominação, com o eficientismo neoliberal ganha maior destaque, pois é através dele que o discurso economicista encontra guarida para sua (im)posição social e, portanto, apresenta-se, invariavelmente, como um instrumento de cunho estritamente econômico.

É cada vez mais evidente que ocorrem influências diretas do Direito na Economia e esta, como visto (ou como se pretende que seja visto), exerce uma especial interferência (dita o ritmo) no Direito, desde as “criações” legislativas até mesmo às decisões judiciais específicas.

Surge então, nas palavras de Marcelino Júnior, “a maior ameaça ao jurídico: a *Law and Economics*”, ou Análise Econômica do Direito – AED.

²⁵² MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52.

²⁵³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 53/54.

²⁵⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 54, com destaque no original.

É esta teoria instrumental que sistematiza e organiza de modo “metodológico” e “científico” a ascendência do econômico sobre o jurídico; que provoca, declarada e abertamente, a viragem que torna o Direito em mera técnica de vinculação ao custo-benefício. Esta é a nova lógica pretendida de um *Direito econômico*. Aqui, o paradigma da eficiência volta a ser o cerne de operacionalização, sendo utilizado em favor de uma justificação do fazer-crer no sistema de Mercado, agora global.²⁵⁵

O movimento da Análise Econômica do Direito – AED é um movimento metodológico que surgiu na Universidade de Chicago no século passado, a partir dos anos 60. Com forte influencia do liberalismo econômico, tem como precursores os autores Ronald Coase dessa mesma universidade e Guido Calabresi da Universidade de Yale os quais, nesta época, publicaram seus artigos dissertando sobre o tema.²⁵⁶

No entanto, somente a partir da publicação da obra *Economic Analysis of Law*, em 1973, de Richard Posner, o maior expoente de tal movimento, é que a AED acaba a ocupar um lugar de real destaque, influenciando por completo todo o sistema Jurídico mundial.

Moraes da Rosa e Marcelino Júnior esclarecem que com a AED o objeto de estudo deixou de ser no plano do direito concorrencial, para se arvorar a outras áreas do Direito e sua inter-relação com a economia, tais como o direito contratual, de família, responsabilidade civil, administrativo, constitucional e especialmente direito penal e processual, dentre outros.²⁵⁷

Esse movimento passa a adotar, além dos princípios do liberalismo econômico, com seu enfoque de maximização de riquezas, a ideia de que a ciência jurídica possui uma estrutura similar a da ciência econômica e, para tanto, visa transformar o Direito, até então incapaz de atender a nova ordem econômica mundial, especialmente pela flagrante crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma

²⁵⁵ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 219, com destaque no original.

²⁵⁶ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 219; MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 55.

²⁵⁷ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 220; MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56.

ciência racional e positiva através de uma análise que atende estritamente aos princípios, categorias e métodos específicos do pensamento neoliberal econômico.²⁵⁸

Moraes da Rosa aponta para ocorrência de três fatores como sendo os responsáveis pela fortalecimento do movimento da Análise Econômica do Direito – AED, além do favorável panorama de expansionismo neoliberal econômico como pano de fundo de toda a lógica mundial, são eles: “a) a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e Posner, dentre outros); b) proeminência do discurso neoliberal; c) imbricamento entre as tradições do *civil law* e do *common law*”.²⁵⁹

Assim, tem-se que a *Law and Economics* analisa a relação do Direito com a Economia, as influências e consequências geradas por esta sob duas miradas:

a) «positiva»: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e «bem-estar», cujo critério é econômico de «maximização de riquezas»; e, b) «normativa»: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do «bem-estar social», cotejando-se as consequências.²⁶⁰

A nova ordem mundial agora globalizada, com requinte economicista, pugna por um Sistema de Justiça de qualidade, e esta é medida, claramente, pela redução dos custos das transações. Ocorre que um alto custo para a propriedade e o cumprimento dos contratos afasta o capital internacional e, com isso, implica na estagnação econômica do país – dentro da ótica neoliberal.

Nesta esteira, o próprio Poder Judiciário é visto como um entrave aos avanços do Mercado sempre que se mostrar deficiente na garantia da propriedade e do cumprimento dos contratos, ou seja, sempre que se “prender” a garantia dos Direitos Fundamentais – considerados à margem de toda a lógica economicista

²⁵⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56/57.

²⁵⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56, com destaque no original.

²⁶⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 57.

neoliberal. “Exige-se, portanto, a revisão das normas legais, dos limites do Estado e da própria Constituição”²⁶¹, pois essa nova ordem econômica globalizada obriga, também, a uniformização judicial do países baseada no custo/benefício para que, desta forma, se apresentem mais competitivo e atrativo ao Mercado mundial.

“É que as decisões judiciais devem estar atreladas ao critério fixado da ordem espontânea: o melhor interesse do mercado”²⁶² e, em nome desse interesse, o “receituário neoliberal” apresenta-se como (único) capaz de tornar o país *eficiente*.²⁶³

Esse critério de eficiência implica na avaliação das Instituições por suas consequências de custo/benefício e, para tanto, o Sistema Judiciário, nas palavras de Moraes da Rosa, pode ser visto no registro “(i) Macro: da organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico (pluralista); e (ii) Micro: da decisão judicial *stricto sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico”²⁶⁴, procurando, com isso, a unificação do discurso puramente econômico.

O Poder Judiciário, assim, possui o papel de garantir o desenho dos direitos patrimoniais e das regras de trocas (pactuação e cumprimento), no campo do mercado, para que as respectivas manifestações de vontade possam ocorrer com o menor custo econômico. As decisões «Macro» e «Micro», assim, devem partir destes critérios de eficiência.²⁶⁵

Com a Análise Econômica do Direito – AED o critério de Justiça não é mais o que se entend(ia)e por Justiça Social – aquela preconizada na Constituição Federal de 1988 – mas sim a *ação eficiente*, ou seja, justo é o que é eficiente e eficiente é o que o Mercado quer que seja, na melhor forma de maximização de riquezas e diminuição de custos.

²⁶¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 58.

²⁶² MORAIS DA ROSA, Alexandre. Discurso Neoliberal e Estado Democrático de Direito: **Ciências Sociais Aplicadas em Revista** – Cascavel, 2008, n. 15, 2o sem 2008, p. 33. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/3164/2496>> acesso em 26 de jun. 2012.

²⁶³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 58/59, sem destaque no original.

²⁶⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 59.

²⁶⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71, com destaque no original.

Nessa ótica neoliberal economicista o Sistema de Justiça, como visto, deve atender aos critérios do mercado e, claramente se vislumbra essa interferência pela busca da redução dos custos nas decisões Macro e Micro, a quais devem, obrigatoriamente, fazer prevalecer o critério de eficiência.

O sentido Macro se dá especialmente no impacto que as decisões judiciais causam no custo das transações e, com isso, podem afastar os investimentos internacionais o que, acima de tudo, deixar(ia) o país menos atrativo (economicamente) – na contramão do Mercado. Assim, as reformas especialmente no plano legislativo deve seguir esse critério de eficiência, mas, de igual forma, essas reformas devem ter reflexo no judiciário pois, somente com a blindagem no cumprimento dos contratos e a prevalência irrestrita da propriedade privada (dogmas neoliberais) é que efetivamente tais reformas, pontuais diga-se, atendam ao critério de eficiência economicista.

Assim é que quanto menor for o custo (das partes e social), o tempo do processo, bem assim for potencializada a visibilidade das sanções (prevenção geral e especial, positiva e negativa), para efeito do cumprimento das normas jurídicas, mais eficiente do ponto de vista econômico o Sistema Judicial.²⁶⁶

Já o sentido Micro das decisões, obedecendo os critérios do movimento *Economics and Law*, a relação do juiz com o Direito é ressignificada, pois, ao Poder Judiciário, e aí encontra a importância do juiz, é dado a necessidade de controlar os conteúdos de suas decisões não somente no campo da ordem legal válida, mas, principalmente, de modo que atendam aos critérios de maximização de riqueza (relação custo/benefício). Implica dizer que “[...] as decisões judiciais não podem se desgarrar das decisões que o mercado tomaria se não houvesse a intervenção judicial”.²⁶⁷

Mais do que isso, tal movimento transfere ao juiz, dentro de sua função jurisdicional (eficiente), a tarefa de redução dos custos da transação e isso passa, inexoravelmente, por uma espécie de filtro antecedente à própria ação judicial, buscando-se a análise da efetiva relevância social do contrato/litígio –

²⁶⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 78.

²⁶⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 78.

especificamente sua relação de custo/benefício –, ou seja, uma latente “condição da ação” alienígena ao estabelecido em lei, para possibilitar ou não a admissão de tal demanda.²⁶⁸

Tal realinhamento do desempenho judicial, buscando incondicionalmente a maximização de riquezas, claro discurso de eficiência do Mercado, deságua, consequentemente, em lesões declaradas aos Direitos Fundamentais, fundamento da própria Democracia. Esse eficientismo neoliberal, alçado a condição de princípio constitucional, somente legitima e agrava o manifesto *Estado de Exceção*²⁶⁹ vivido no Brasil, com a fomentação de reformas causais, imbricado pelo Estado de Emergência o que, indubitavelmente, paga o preço do aumento da desigualdade social e a propagação da miséria e dos excluídos das *benesses* do Capital, como se fosse condições normalizadas desta nova lógica econômica mundial. É o preço que se tem que pagar, dizem...

E esse preço, nada mais é do que a violação desmedida da Democracia, com o aumento da criminalização e a mitigação dos Direitos e garantias fundamentais.

O Estado deve *dar conta* desse excesso de contingente e, nesta ótica, o Estado Penal punitivo é a “única” forma de abarcar – etiquetando e excluindo da sociedade dita de bem – estes excluídos socialmente pela tão sonhada liberdade do mercado.

Não por acaso, sob os escombros do *Welfare State*, vem se erigindo um vigoroso Estado Penal, cujo dínamo repousa exatamente no gerenciamento empresarial dos novos sujeitos monetários sem dinheiro que, uma vez descartados da nova ordem econômica internacional, são reinseridos nas prisões do mercado na qualidade de consumidores cativos da indústria da punição.²⁷⁰

Esse modelo neoliberal econômico adotado no Brasil, o qual tem como uma de suas características a diminuição do Estado, vem agravando sobremaneira

²⁶⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 83.

²⁶⁹ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 229, com destaque no original.

²⁷⁰ MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 55-56, 2002, p. 136. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000100006&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 07 jul. 2012.

a situação das camadas mais desfavorecidas da população e, então, a maximização do Direito Penal apresenta-se como um elemento indispensável para o controle social. Dito de outra forma, “[...] *à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal*”.²⁷¹

Por meio de legislações penais e processuais penais cunhadas ideologicamente pela *política do terror*, com verdadeiro fascínio à exploração do medo e da insegurança, despreza-se o Estado de Bem-Estar e as consequentes garantias e direitos fundamentais, por serem estes considerados verdadeiros empecilhos na luta da “sociedade de bem”.²⁷²

O Direito Penal e Processo Penal passa a ser a “menina dos olhos” do neoliberalismo e seu princípio da eficiência, pois é através do controle social e seu poder penalizante que se pode alcançar o objetivo maior desse discurso, qual seja, a redução do Estado do Bem-Estar e a mitigação das garantias constitucionais, por serem estes a principal barreira aos ideais do Mercado.²⁷³

O modelo neoliberal utiliza, então, habitualmente o Direito Penal (Máximo e Eficiente) como forma veloz de aplicação da lei criminal certa no âmago do desejo pela punição desenfreada ao inimigo criado e etiquetado (mídia), entre outras palavras, a imposição do autoritarismo cool da faxina de classes e daqueles cujo mercado “darwinianamente” não se interessou.²⁷⁴

“O controle social, via sistema penal, contracena, num aparente paradoxo, com uma desregulação e diminuição do Estado” vez que este “[...] deve ser mínimo na busca de “Justiça Social”, a cargo do mercado, mas com mão de ferro implacável na esfera penal, reprimindo as manifestações sociais [...]”.²⁷⁵

Intrigantemente, dentro do eficientismo econômico, o pensamento neoliberal reconhece a finitude do mercado tido como instituição e, nesta mesma

²⁷¹ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 80, com destaque no original.

²⁷² MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18/19.

²⁷³ VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à Delação Premiada**: Uma análise da teoria do garantismo penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 135.

²⁷⁴ VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à Delação Premiada**: Uma análise da teoria do garantismo penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 132/133, com destaque no original.

²⁷⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 44.

esteira, admite a necessidade do Estado como seu fiel garantidor, com a função de “[...] reduzir os «ruídos/externalidades» capazes de impedir um utópico «custo zero» de transação. [...] No entanto, qualquer intervenção do Estado precisa estar devidamente justificada por «lesividades mensuráveis» do funcionamento do mercado”.²⁷⁶

Ante a não concretização plena do Estado de Bem-Estar Social prometido no Brasil, o qual frequentemente é acusado de não ter sido efetivamente implantado, não passando de um verdadeiro *simulacro*, o tratamento penal ganha força exatamente no vácuo deixado pelas políticas públicas de melhoria de vida da população em geral e, através do movimento da Lei e Ordem, o Estado, vendo-se atingido também pela impotência econômica frente a voracidade do mercado, é adaptado à implementação da penalização (ainda mais) agressiva.²⁷⁷

A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou. Prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe [...].²⁷⁸

A lógica da eficiência econômica do discurso neoliberal têm promovido políticas criminais especialmente focadas no aumento da criminalização primária (criação de leis penais), aliado ainda ao endurecimento das penas e, principalmente, de uma clarividente diminuição das garantias processuais. Pode-se dizer, um franco e direto ataque a base democrática de um Estado de Direito.²⁷⁹

Não se tem como ignorar uma certa importância do estudo da AED, no entanto, a utilização dos pressupostos e finalidades da *Law and Economics* não pode ser efetivado sem antes estabelecer-se um debate sobre o modelo de Estado Democrático de Direito que se almeja, o qual, certamente, não pode estar atrelado

²⁷⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 102/103, com destaque no original.

²⁷⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42/44.

²⁷⁸ BATISTA, Nilo. 2003b. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 42, jan.-mar. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilomidia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 06.jun.2012, p. 4.

²⁷⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59/60.

exclusivamente aos anseios inescrupulosos do Mercado, sob pena de atender aos pressupostos do discurso neoliberal que, claramente, deve ser visto como um atentado ao Direito e à dignidade da pessoa humana.²⁸⁰

E, desta forma, infelizmente, é o que se vislumbra nas “inovações” legislativas brasileiras, onde, ao pleno gozo neoliberal, sob o latente discurso da eficiência – econômica, giza-se – o Estado é utilizado pelo capital para seu efetivo fortalecimento e, acima de tudo, funcionando como mecanismo regulador das adversidades oriundas deste movimento que visa, exclusivamente, a maximização de riquezas a qualquer preço.

3.3 “INOVAÇÕES” LEGISLATIVAS PENAIS E PROCESSUAIS BRASILEIRAS: A POLITICA DE IMPORTAÇÃO TUPINIQUIM

O novo desenho politico geográfico mundial, na era da globalização, tem o processo de integração e a transnacionalidade, além é claro da flagrante relativização do Estado enquanto nação soberana e individual, suas principais características, e estas refletem, sobremaneira, nas novas formas de leitura de categorias como, cidadania, democracia, poder constituinte, garantias e direitos fundamentais.

Tal reflexo altera também, e de forma significativa, a nova forma de categorizar o Direito Penal e Processual Penal. Com isso, a principal alteração que se denota é a criminalidade, a qual, em termos da velocidade da informação, aliado a ausência de limites geográficos-territoriais, muitas vezes já não é mais possível se identificar de onde, como e quando se iniciou determinada conduta tida como criminosa.²⁸¹

²⁸⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 139, com destaque no original.

²⁸¹ VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 78, p.29-35, abril/maio, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/PDF/CarolinaVieira_Rev78.pdf Acesso em 05 jul. 2012.

Essa velocidade tecnológica, aliado a relativização fronteiriça dos Estados – nova formação do conceito de Soberania – motivado principalmente pelas transformações de cunho econômico sofridos pela humanidade nos moldes neoliberal, acarreta na formação da denominada *nova criminalidade*, a qual teve origem depois do fim da segunda grande guerra e ganhou mais força, especialmente, a partir do episódio ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América.

Essa *nova criminalidade* é, portanto, fruto do brutal avanço tecnológico e da transformação socioeconômica (revolução informática e globalização da econômica) que produziram, indubitavelmente, evoluções comerciais que destacaram novos caminhos e novos instrumentos de comércio transnacional e, desta forma, deram margem para sua utilização indevida. Assim, essa *nova criminalidade* pode ser taxada como sendo uma espécie de subproduto gerado pela sociedade de massa e pelos avanços tecnológicos.²⁸²

Cerqueira aponta ainda que essa nova criminalidade apresenta três principais características que diferem-na da criminalidade tradicional e, nesta esteira, merece um tratamento totalmente diverso do até então experimentado pela legislação penal e processual vigente. São elas: “[...] a “*vitimização*” difusa, que lhe é imprescindível, a “*vitimização*” transnacional e, por último, o emprego da corrupção”.²⁸³

A primeira característica, “*vitimização*” difusa, se dá em razão das violações a interesses difusos, onde os sujeitos passivos são vítimas de difícil ou impossível determinação, tanto em função de seu elevado número como também em relação a sua identificação.

Já a segunda característica, a “*vitimização*” transnacional, – a qual nem sempre é encontrada em todas as atividades ilícitas dessa nova criminalidade –, pode ser vislumbrada no fato de que “[...] o autor e suas vítimas não se encontram, necessariamente, num só local, região ou país, mas dispersos por lugares diversos

²⁸² CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 53.

²⁸³ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 59.

e, não raramente, longínquos”²⁸⁴, o que, inclusive, acarreta em uma sensível (e necessária) relativização do princípio da territorialidade da aplicação da lei penal elencados nos artigos 5º, 6º e 7º do Código Penal brasileiro.

Por fim, como terceira e última característica tem-se o *emprego da corrupção*, o qual serve de esteio para a nova criminalidade se ancorar e proliferar nas relações entre as pessoas e os Estados, pois é nítido que algumas práticas criminosas só encontram guarida com a (contamin)ação e colaboração de governantes e outros detentores do poder público, possibilitando a aproximação desta com as mais diversas esferas do poder.²⁸⁵

Assim, ante essa dita *nova criminalidade* e, principalmente, com a busca implacável pela ação eficiente econômica ditada pelo neoliberalismo, surgem novas formas de reação a essa criminalidade vez que, por transitar em um cenário transnacional – sem qualquer enlace aos limites territoriais de qualquer nação –, os instrumentos de combate também deve, obrigatoriamente, seguir o mesmo caminho, sob pena de serem considerados ineficazes e obsoletos.

“A mutação na forma da criminalidade obrigaria o cientista e o político repensar as técnicas de tutela e garantia (processo)”.²⁸⁶

É com este panorama que surgem as “inovações” legislativas penais e processuais penais que, sem qualquer tipo de debate ou contextualização social, é “importada” à fórceps ao Brasil, na melhor lógica de custo/benefício neoliberal.

Este é o cerne de toda a problemática atual. No afã de se tentar combater (ou alimentar?) essa nova criminalidade, é claro dentro do discurso economicista, surge o Direito Penal como um verdadeiro instrumento de resposta – que deve ser pronta, acabada e acima de tudo *eficiente* – contingencial a determinadas demandas práticas.

²⁸⁴ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 63.

²⁸⁵ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 67.

²⁸⁶ CARVALHO, Salo. **Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais**. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 04 jun. 2012, p. 14. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_01.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2012.

Tem-se, por consequência, uma atividade legislativa temperamental, refletindo, erroneamente, a esperança que a sociedade deposita no Direito Penal, como se este fosse o único meio capaz de *vencer o mal* e afastar o caos por força da violência, ou como se apenas o *ius puniendi* pudesse consubstanciar-se em remédio para os conflitos sociais.²⁸⁷

Porém, o que se vê em todo o mundo, e em especial nos países periféricos como o Brasil, é o uso irracional do Direito Penal para atender a anseios pontuais, emergenciais – estendidos à uma situação excepcional e somente enquanto esta perdurar –, sem qualquer tipo de reflexão sistemática e garantista, o que, inexoravelmente, atenta contra os Direitos Fundamentais e a própria Democracia – tudo ao bel-prazer do Mercado. “Assim, a ‘nova questão criminal’ induz a diminuição substancial das garantias”.²⁸⁸

Em nome do combate ao terrorismo, ao tráfico de entorpecentes e de pessoas, a lavagem de dinheiro e ao crime organizado (citando os exemplos mais corriqueiros), atendendo à eficiência economicista do discurso neoliberal, criam-se *novos tipos penais*²⁸⁹ (recrudescimento penal) para responder aos reclames sociais de Justiça – manipulados claramente pela mídia – distorcendo e transformando o

²⁸⁷ GARCIA, Rogério Maia. A Sociedade de Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 17, 2005, p. 13, com destaque no original. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/RISCO.pdf>> Acesso em 30 jun. 2012.

²⁸⁸ CARVALHO, Salo. **Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais**. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 04 jun. 2012, p. 14. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_01.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2012.

²⁸⁹ Sustenta Rogério Maia Garcia que “a partir da instituição do Estado Social, no início do século XX, uma significativa alteração no conceito de bem jurídico penalmente relevante. Enquanto instrumento de garantia individual no passado (Estado de Direito), na atualidade tal conceito mostra-se consideravelmente ampliado. Neste diapasão, observamos inúmeros tipos penais que buscam amparar bens jurídicos despersonalizados, trans-individuais, ou, até mesmo, supraindividuais. Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, encontramos uma série de definições legais de crimes sem vítimas, ou, pelo menos, sem vítimas “imediatas”. A proteção penal foi estendida à ordem econômica, ao meio-ambiente, às relações de consumo, à economia popular, etc, sob o argumento de que tais condutas colaboram para inviabilizar a atuação estatal na busca de uma sociedade mais justa e igualitária. Assim sendo, a ameaça de punição estatal recai sobre uma série cada vez maior de atividades, muito além da proteção do indivíduo contra seus pares e o próprio Estado”. (GARCIA, Rogério Maia. A Sociedade de Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 17, 2005, p. 10/11, com destaque no original. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/RISCO.pdf>> Acesso em 30 jun. 2012.

Direito Penal e Processual Penal em instrumento garantidor do uso do poder e da força por parte do Estado, com uma funcionalidade claramente econômica, ou seja, aprofundar a desigualdade social e excluir aqueles que não são absorvidos pelas benesses do mercado.²⁹⁰ “Em verdade, vale-se o poder estatal de seus instrumentos de controle social para defender seus próprios interesses”.²⁹¹

No Brasil, a título de exemplo dessas inovações legislativas penais e processuais penais emergenciais, as quais muitas vezes decorrem de uma importação totalmente descompassada com a realidade social nacional, e que é (im)posta claramente pela globalização e a consequente busca pela eficiência econômica – redução dos custos – podem ser citadas inúmeras legislações que, nos limites deste trabalho não seria possível discorrer.

A título exemplificativo, é mister trazer a baila o que Carolina Vieira anotou sobre as leis nº 9034/95 e 10.217/01²⁹², a qual afirmou com maestria que:

[...] as leis 9034/95 e 10.217/01 que concretizam a quebra das garantias da liberdade individual (como o direito de ter concedida liberdade provisória e o de apelar em liberdade), e da intimidade (como o sigilo das informações fiscais, bancárias e eleitorais), em prol do sucesso da investigação criminal. Vale registrar que estes textos apontam, também, para a ruptura do modelo acusatório e das garantias da imparcialidade do julgador e da publicidade processual a ele inerentes, pois conferem ao juiz (facultando que este, pessoalmente, pratique atos investigatórios) funções persecutórias [...].²⁹³

²⁹⁰ VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 78, p.29-35, abril/maio, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/PDF/CarolinaVieira_Rev78.pdf Acesso em 05 jul. 2012.

²⁹¹ GARCIA, Rogério Maia. A Sociedade de Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 17, 2005, p. 11. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/RISCO.pdf> Acesso em 30 jun. 2012.

²⁹² Lei de Combate ao Crime Organizado e sua alteração.

²⁹³ VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 78, p. 31, abril/maio, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/PDF/CarolinaVieira_Rev78.pdf Acesso em 05 jul. 2012.

Primeiramente, antes de atentar-se às aberrações legislativas propriamente ditas, é importante gizar que, na ótica legislativa, a própria Constituição Federal do Brasil de 1988 traz em seu texto o comando de criminalização de condutas, de forma a-histórica – numa clara intervenção do neoliberalismo econômico –, classificando esta em três tipos, quais sejam: os crimes hediondos, em seu artigo 5º, inciso XLIII²⁹⁴; os crimes de menor potencial ofensivo, previstos na lei nº 9.099/95 em obediência ao artigo 98, inciso I da CF²⁹⁵; e, por fim, o crimes da normalidade (dentro de um padrão médio), estes assim classificados por exclusão aos ora citados.²⁹⁶

Pois bem, dentre essas categorias constitucionais legislativas, tem-se na figura da lei dos crimes hediondos a mais gritante destas aberrações, ou seja, a essência da aludida legislação é diametralmente oposta ao contexto previsto no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, onde está amplamente estampado os direitos e garantias fundamentais do indivíduo que, indubitavelmente, se mostra totalmente na contramão do citada legislação.²⁹⁷

Portanto, dentro deste apertado limite acadêmico, demonstrar-se-á, algumas das *inovações legislativas*²⁹⁸ que, de forma totalmente paradoxal, foram editadas na suposta era do Estado Democrático de Direito, ou seja, no pós

²⁹⁴ **Art. 5º (...)**

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e **os definidos como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010, sem destaque no original).

²⁹⁵ **Art. 98.** A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo**, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010, sem destaque no original).

²⁹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140/141.

²⁹⁷ Fauzi Hassan Choukr assevera que: “*Sua ubiquação vai revelar, a adoção (in)consciente do constituinte da época com a política criminal denominada law and order, privilegiando o sistema penal repressivo, simbólico, promocional como o supostamente desejado pela sociedade, com a quebra das regras básicas do devido processo legal*”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 141, com destaque no original).

²⁹⁸ O rol citado neste trabalho não tem o caráter exaustivo/satisfativo, sendo apenas uma visão escolhida pelo autor, de forma totalmente exemplificativa, não tendo a pretensão de se esgotar o assunto.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em tal quadro²⁹⁹ de “inovações legislativas” podem ser destacadas, de forma cronológica e exemplificativa, a lei dos Crimes Hediondos (nº 8072/90), a lei de Combate ao Crime Organizado (nº 9034/95), a lei de criação dos Juizados Especiais Criminais (nº 9099/95), lei de Lavagem de Dinheiro (nº 9613/98) e lei de Tóxicos (nº 11343/06).

Tais normas têm em comum seu pretense “processo de elaboração” visando o combate a essa nova criminalidade – organizada –, totalmente antiguarantista, o qual marca a era brasileira da importação (im)posta por movimentos ideológicos neoliberais de nações mais desenvolvidas economicamente, com o latente e intransigente objetivo de defesa social, como é o caso do movimento *Lei e Ordem*^{300 301}.

A famigerada lei dos Crimes Hediondos, nº 8072/90, que talvez possa ser alçada a uma espécie de marco (no pós CF/88) da política de recrudescimento penal, sustenta as “inovações legislativas” que imperam no Brasil, servindo, claramente, ao gosto economicista neoliberal que decorre da globalização. Tal legislação, em sua edição, previa, dentre outras aberrações, a proibição da progressão de regime prisional, devendo o condenado pelos crimes ali prescritos

²⁹⁹ Segue como anexo um quadro comparativo das legislações citadas neste trabalho, com alguns dos dispositivos e a consequente violação aos princípios constitucionais.

³⁰⁰ Segundo Alexandre Morais da Rosa, o surgimento das bases do movimento Lei e Ordem, nos Estados Unidos, se deu na década de setenta do século XX, como sendo um movimento de reação ao aumento da taxa de criminalidade e, acima de tudo, como uma resposta aos conflitos raciais que ocorriam à época nos guetos norte-americanos. A partir dos anos setenta, os Estados Unidos implementaram políticas as pessoas que dependiam de caridade por parte do Estado – apartados das demais ações estatais, podendo ser classificada como uma verdadeira ação caritativa ou um semi-Estado-Providência, a qual fora, progressivamente substituída por uma ação *repressiva*, com o avanço do Estado penal. Já na década de noventa, o avanço das campanhas de Lei e Ordem se intensificaram com o programa implementado em Nova York, pelo então prefeito Rudolph Giuliani, chamado *tolerância zero*, e com a conseguinte teoria das janelas quebradas – *Broken Windows Theory*. Tal teoria fundamentava a política de punir as pequenas infrações como forma de coibir a violência em sua raiz, a título exemplificativo, evitando “a primeira janela quebrada”. Tais movimentos são difundidos por todo o mundo como experiências bem-sucedidas no combate à violência urbana e à criminalidade. (MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 29/40). Ainda sobre o tema: WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁰¹ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 119.

cumprirem a reprimenda imposta integralmente em regime prisional fechado.

É flagrante e portanto despiciendo tecer maiores comentários sobre a inconstitucionalidade de tal dispositivo legal (artigo 2º, § 1º da citada lei), o qual afrontava o direito fundamental à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), bem como o princípio da proporcionalidade em face da “desnecessidade da medida como instrumento de combate à criminalidade, haja vista a existência de outros meios eficazes menos lesivos aos direitos fundamentais”³⁰², isso sem falar é claro, na flagrante violação da dignidade da pessoa humana.

No entanto, ainda que tenha demorado “apenas” 15 anos para se atentar para tal inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, por meio do controle difuso, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de tal dispositivo – perdendo a oportunidade de ter declarado toda a citada legislação – por meio do *Habeas corpus* nº 82959/SP, permitindo assim, com efeito *ex tunc*, a progressão de regime prisional. Tal modificação se concretizou com a edição da lei nº 11.464/07 que, da mesma forma, se mostra inconstitucional por possibilitar a progressão de regime em uma razão de cumprimento de pena (2/5) diversa da prevista na lei de execução penal (1/6), em total descompasso com o princípio da isonomia previsto na Carta Política de 1988.

Ainda na citada legislação, para se referenciar mais um exemplo, vê-se em seu artigo 2º a proibição da concessão de anistia, graça, indulto e fiança³⁰³, violando assim o princípio da presunção de inocência, além ainda de que, em seu § 4º do mesmo artigo³⁰⁴, aumenta, de forma totalmente despropositada, a prisão temporária – a qual igualmente já se mostra na contramão do Estado Constitucional e Democrático de Direito – de 5 dias para 30 dias, o que, indiscutivelmente, demonstra a ausência de critério por parte do legislador que, invariavelmente, se

³⁰² Informativo nº 372 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo372.htm>> acesso em: 10 jul. 2012.

³⁰³ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

³⁰⁴ § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

mostra à mercê da ação eficiente neoliberal.³⁰⁵

Ademais, a própria inserção desta nomenclatura – hediondo – à legislação repressiva, com a eleição de diversos tipos incriminadores, demonstra o simbolismo e o aspecto promocional do uso do direito penal, fazendo a população crer que este sistema de repressão faria o papel de regulador social, motivado pelo movimento de pretensão combate ao caos e a necessidade de restauração da lei e da ordem, tendo como fundamento a pena em seu caráter meramente retributivo.³⁰⁶

Já no tocante a lei de Combate ao Crime Organizado, nº 9034/95, e sua posterior alteração pela lei nº 10.217/01, a situação não é diferente da ora exposta.

Primeiramente a problemática emergia da não conceituação legal sobre o que é organização criminosa que era previsto na citada lei, a qual era tida como inconstitucional, vez que como não se previa taxativamente o que seria organização criminosa esta atribuição ficava ao encargo do magistrado, contrariando frontalmente o princípio da legalidade. Porém, tal cenário mudou com o advento do Decreto nº 5.015/04 que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

No artigo 2º, a, da citada convenção³⁰⁷ dispôs sobre o conceito de organização criminosa, o qual então passa ser adotado em todo o mundo, sendo entendida como “[...] entidades organizadas com pluralidade de agentes, estruturação hierárquica, divisão de funções, elevado poderio econômico e de corrupção, alto grau de intimidação, influência em ações políticas e atividades em níveis locais e internacionais”.³⁰⁸

³⁰⁵ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 131.

³⁰⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140/143, com destaque no original.

³⁰⁷ Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

³⁰⁸ SOUZA FILHO, Jayme José de. Investigação criminal à luz da Lei 9.034/95: a atuação de agentes infiltrados e suas repercussões penais. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 1, n. 2, p. 85, maio/ago, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11569/10264>> Acesso em: 10 jul.

A citada lei em atendimento a tendência econômica neoliberal, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro, em claro atendimento ao (im)posto pela nova ordem mundial, procedimentos como a colaboração processual, infiltração de agentes, ação controlada, interceptação de comunicações e ambiental, quebra de sigilos fiscais, bancário e financeiro, o que, traduzem, indubitavelmente, formas de violações as garantias constitucionais como a privacidade e intimidade.³⁰⁹

Ressalta-se ainda o disposto no artigo 3º e seus parágrafos 1º e 2º³¹⁰, nos quais o legislador instituiu a gritante figura do juiz inquisidor ou investigador, permitindo-lhe a busca de provas, avocando, para tanto, de forma paradoxal, sua possibilidade quando ocorresse a “*possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei*”³¹¹, o que, acertadamente, foi matéria de intervenção pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.570-2³¹², por afrontar claramente o sistema processual acusatório e o princípio do devido processo legal, artigo 5º, incisos XXXVII e LV da Magna Carta.³¹³

Por fim, demonstrando o cenário legislativo “inovador” adotado no Brasil na referida lei, cita-se os artigos 7º e 9º³¹⁴ que, totalmente contrario ao princípio da inocência, do devido processo legal e da ampla defesa previstos na Constituição Republicana – fundamentos do Estado Democrático de Direito – preveem a

2012.

³⁰⁹ SOUZA FILHO, Jayme José de. Investigação criminal à luz da Lei 9.034/95: a atuação de agentes infiltrados e suas repercussões penais. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 1, n. 2, p. 94, maio/ago, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11569/10264>> Acesso em: 10 jul. 2012.

³¹⁰ Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

³¹¹ Artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9.034/94.

³¹² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1570&processo=1570>

³¹³ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 134.

³¹⁴ Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos integrantes de *intensa e efetiva participação na organização criminosa* (o que é por demais evasivo e arbitrário) além também da impossibilidade de se recorrer da sentença condenatória em liberdade, sem ser analisados os pressupostos ou não para a decretação da prisão preventiva, nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal, ou seja, “[...] evidenciando a face meramente propagandística do sistema repressivo que empregara a prisão como forma de satisfação pública [...]”, “Tolhe-se a liberdade pelo emprego esotérico da premonição”.³¹⁵

Neste mesmo panorama, traz-se à baila a lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais, nº 9099/95, com sua posterior reforma pela lei nº 11.313/06, que, dentre os inúmeros “avanços” extraídos do novo cenário mundial globalizado, com especial fim de atender a nova ordem econômica eficiente do neoliberalismo (na melhor manifestação da política capitalista do custe-o-que-custar), implementou no Brasil a celeridade processual – entendida como violação ao devido processo legal – claramente disposta em seu artigo 62, onde dispõe igualmente dos princípios adotados em tal legislação, quais sejam, oralidade, informalidade, celeridade, e economia processual.³¹⁶

Referida legislação, sob o latente discurso de efetivação do bem estar social e a *rápida* resposta do judiciário aos anseios de Justiça social – fomentado pela mídia –, legitima um arcabouço de violações aos direitos fundamentais que, especificamente nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, são evidentemente sacrificados em nome de uma melhor e mais adequada resposta estatal – ao gosto do Mercado. “O devido processo legal aplicado em sua integralidade passou a ser considerado como um formalismo incomodo para o direito brasileiro [...]”.³¹⁷

³¹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 149.

³¹⁶ Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

³¹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139.

[...] a pretexto de afastar a incidência da pena de prisão para as infrações de menor potencial ofensivo, flexibilizou a garantia do devido processo legal, permitindo a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direitos sem a produção da necessária prova e o exercício de ampla defesa.³¹⁸

Com referencia a lei de Lavagem de Dinheiro, nº 9613/98, com posterior alteração pela recente lei nº 12.683 de 09 de julho de 2012, pode-se vislumbrar, igualmente as legislações já citadas, o flagrante atentado aos direitos fundamentais em nome da eficiência do Mercado globalizado.

O melhor exemplo disso se pode extrair do enunciado da própria lei 12.683/12, não tendo necessidade portanto de se debruçar com maior afinco as alterações trazidas, pois ressalta que tal lei “Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para **tornar mais eficiente** a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”.³¹⁹ Descaradamente se impõe a logica do discurso neoliberal da ação eficiente em todo o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o penal e processual penal, sob o latente discurso de combate a criminalidade contemporânea que ganha cada vez mais corpo no mundo globalizado. Puro engodo neoliberal.

Salienta-se que a lei de combate a lavagem de dinheiro, paradoxalmente, fora originada na Conferencia das Nações Unidas de 1988, durante a Convenção de Viena, mas com claro estigma de guerra ao crime característico dos movimentos de Lei e Ordem.³²⁰

Neste ótica, cita-se, por exemplo, o artigo 11, inciso II, alíneas *a* e *b*³²¹,

³¹⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 205.

³¹⁹ Lei 12.683/12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 12 jul. 2012, sem destaque no original.

³²⁰ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145.

³²¹ Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: ([Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012](#))

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e ([Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012](#))

b) das operações referidas no inciso I; ([Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012](#))

além ainda do artigo 11-A³²², que foram inseridos pela lei 12.683/12, os quais constituem uma voraz afronta às garantias e direitos fundamentais preconizados na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso X, por violar o direito fundamental a intimidade.³²³

É mister ainda comentar o disposto no artigo 2º, § 2º da citada lei³²⁴, o qual, na mesma esteira, viola a legislação nacional, em especial a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, acarretando em clarividente lesão ao direitos e garantias processuais. Em tal dispositivo fica expressamente vedada a aplicação do instituto da suspensão do processo em caso de não localização do acusado e a consequente citação por edital, previsto no artigo 366 do Código de Processo Penal, o qual, constitui uma garantia fundamental do individuo de obter ciência da acusação que lhe é feita e a possibilidade de, então, exercer seu direito de *ampla* defesa.

O que este dispositivo impõe, na verdade, é a supressão do processo, como instrumento efetivo de proteção das garantias constitucionais do individuo, integrante do chamado *due process of law*, em face da revelia do acusado que, na verdade, nem tem ciência desta condição.

Por fim, resta a nominada lei de Tóxicos, nº 11343/06, que, como todas as já citadas legislações, além é claro de outras tantas que não cabem neste apertado contexto, ferem as garantias e direitos fundamentais preconizados na Carta Política de 1988, sendo, portanto, um manifesto de cunho econômico neoliberal que impera em todo o mundo globalizado.

Giza-se, por fim, somente para ilustrar ainda mais o contexto de importação que impera no Brasil, especialmente quando se trata de legislação penal e processual penal, imperando a ideologia eficiente neoliberal, a lei nº 8.884/94, a

³²² Art. 11-A. As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil. [\(Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012\)](#)

³²³ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 147.

³²⁴ § 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no [art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo. [\(Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012\)](#)

qual, em seu artigo 86³²⁵ modificou o artigo 312 do Código de Processo Penal para incluir no rol de possibilidade de decretação de prisão preventiva um pressuposto estritamente econômico, qual seja, *a garantia da ordem econômica*, a qual fere, mortalmente, o princípio da inocência basilar do Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição Federal de 1988.

Asseverando com precisão, Juliano Keller do Valle conclui:

É assim, pois, o expansionismo desmedido do direito penal através da escala frenética e sem limites, do recrudescimento de (novas ou não) leis materiais e processuais, do (renovado) fortalecimento do aparato repressivo estatal, fazendo com que surjam respostas que pretendem ser mais eficientes a uma (aparente) solução ao problema milenar da criminalidade, no caso, mais um “*déjà vu*”.³²⁶

Com os exemplos ora colacionados, pretendeu-se demonstrar a lógica da política de importação legislativa tupiniquim, a qual, sob o discurso de combate a criminalidade nesta nova ordem mundial globalizada contemporânea, está na verdade atendendo as (im)posições dos movimentos de Lei e Ordem que, indubitavelmente, estão à serviço do discurso da ação eficiente econômica neoliberal empenhado em mitigar as garantias e direitos fundamentais do Estado Constitucional e Democrático de Direito em prol de uma constante redução de custos/maximização de riquezas.

³²⁵ Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

³²⁶ VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à Delação Premiada**: Uma análise da teoria do garantismo penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 48.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do Estado Moderno faz com que o Estado, até então tido como um nação soberana, seja obrigado a ceder espaço a uma nova ordem mundial caracterizada pela expansão das relações econômicas, principalmente por força do crescimento avassalador do capital e os avanços tecnológicos. Essa nova ordem, que pode ser conceituada como Globalização, implica na inter-relação dos Estados enquanto nações e, via de consequência, numa relativização de sua principal característica, a Soberania.

Esta Soberania, tida como atribuição de poder máximo territorial cede lugar – especialmente motivada pela expansão econômica – a uma nova ordem mundial que transcende os interesses individuais dos Estados-nação pois estes, visto de maneira unitária, não mais são mais capazes de suprir as necessidades e demandas surgidas nesse processo de globalização imposta a todos pelo Mercado.

Uma decisão tomada pelo Estado dentro de sua soberania, hodiernamente, encontra consequências em todo o mundo pelo processo de globalização existente e, desta maneira, essa nova ordem transnacional é que impera no cenário mundial, seja no aspecto econômico como em qualquer outro. Os Estados, cedem (relativizam) sua soberania para, paradoxalmente, manterem o poder no cenário transnacionalizado.

Porém, tem-se que essa perda de soberania dos Estados-nação deve igualmente ser visto como uma espécie de fortalecimento da soberania desses mesmos estados nacionais em um conjunto mundial, ou seja, o fenecimento dos limites geográficos por si só não corresponde a perda total de soberania do Estado pois este deve ser apresentado como um integrante de uma nova ordem mundial, o chamado Estado Transnacional.

Surge então a necessidade da criação de um novo Estado, o Estado Transnacional.

O avanço do Mercado numa ótica globalizada como a apresentada até

então, demonstra que o Direito limitado territorialmente pelas fronteiras do Estado soberano não mais se mostra adequado as relações contemporâneas dessa nova ordem mundial transnacionalizada.

Com isso, ao mesmo tempo que o Estado nacional se enfraquece diante do capital globalizado – especialmente no grau de incapacidade de logística para o enfrentamento de uma crise econômica, ou mesmo sua própria (in)capacidade de administração para evitar desastres ainda mais graves – surge um anseio para o fortalecimento de um Estado Transnacional capaz efetivamente de garantir a estabilidade mundial (econômica) ante o avanço avassalador do mercado capitalista individual.

A necessidade de um ordenamento jurídico capaz de solucionar (ou ao menos tentar) os problemas advindos da globalização do mercado fortalece a criação desse Estado Transnacional e, via de consequência, sua soberania frente os estados nacionais, necessitando assim de um certo “Direito transnacionalizado”.

Com esse panorama surge então a problemática central de como deve se materializar o Direito, nesse cenário transnacional, para atender plenamente as consequências advindas dessa globalização econômica mundial. Aparecem então neste norte o papel dos juízes como sendo os primordialmente responsáveis por essa mudança do Direito e sua tentativa de se adequar aos anseios surgidos das relações econômicas dos Estados, visando com isso a construção de um Direito Transnacional.

Nesta esteira, surge uma nova categoria jurídica, o “comércio entre juízes”, conceito este proposto por Garapon e Allard como sendo sinônimo das duas facetas da Mundialização do Direito, ou seja, “[...] *é simultaneamente uma rede de trocas, intercâmbios, e uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas, corteses e serenas, uma <<dependência recíproca dos homens>>*.”³²⁷

Essa comunicação entre os juízes (comércio) pode se materializar de

³²⁷ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 09. Destaque no original.

diversas formas, quer na relação vertical, com a criação de um tribunal supranacional, ou ainda na relação horizontal – coordenação operacional, com trocas de experiências, consultas a jurisprudências, tudo para o alcance da melhor solução ao caso apresentado.³²⁸

Assim, a Mundialização do Direito vai se tornando numa nova dimensão do próprio Direito interno dos Estados, se manifestando em uma desterritorialização da soberania nacional em prol do fortalecimento de uma nova ordem mundial, o Estado de Direito Transnacional.

Porém, sob a falaciosa promessa de pacificação do mundo globalizado, com especial ênfase na melhor regulação do Mercado, exsurge concomitantemente uma deslegitimação das próprias fontes do Direito de cada Estado tido como nação individual e soberana, numa flagrante crise de identidade nacional em prol de uma garantia utópica de soberania Transnacional.

Nesse comercio entre os juízes, estes, por serem protagonistas do processo decisório judicial, valem-se de argumentos expendidos noutras tradições para decidir temas internos como verdadeiros cânones de um julgamento justo e imparcial – em nome de um direito mundializado –, desprezando os reais fundamentos sociais e culturais inerentes aquele fato e àquela nação.

Assim, essa nova ordem mundial deve ser vista por duas miradas: uma de carácter estritamente complementar, e outra, por uma subversão da ordem posta, desprezando os direitos fundamentais em nome de uma eficiência puramente econômica do mercado mundial, numa interferência nítida na esfera do indecidível³²⁹ de Ferrajoli.

O Direito transnacional apresenta-se, então, como um ordenamento jurídico originado e exercido à margem da soberania dos Estados-nação, independente do reconhecimento externo ou mesmo a recepção formal interna, pois se utiliza de sanções econômicas-comerciais para seu efetivo cumprimento, ou seja,

³²⁸ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 19.

³²⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material.** Florianópolis: Habitus Editora, 2002, p. 27.

no discurso manifesto, qualquer intervenção dita humanitária, na verdade, se camuflam os interesses econômicos, no melhor interesse neoliberal.

Um dos mais significantes exemplos deste panorama pode ser visto na justiça criminal com a criação do chamado Tribunal Penal Internacional – TPI.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, tida como uma espécie de órgão de legitimação de garantias dos direitos dos cidadãos em caráter transnacional, acaba por transcender os limites dos Estados tido como parte/signatários dos até então tratados internacionais para emergir uma proteção única, universal, superando, principalmente, os limites territoriais dos Estados-nação, tendo como consequência a relativização da soberania destes em prol da proteção destes direitos em caráter transnacional.

Ocorre que, sob o argumento de proteção dos direitos coletivos humanos, dá-se margem a uma interferência que igualmente limita os poderes/direitos, ignorando a soberania dos Estados-nação, podendo até oferecer certa restrição/punição destes no cenário mundial, vez que, indiscutivelmente, os interesses econômicos neoliberais estão camuflados neste discurso oficial, a espreita de uma solidificação do melhor interesse do Mercado.

Esses tribunais, a exemplo do TPI, foram vistos como uma verdadeira evolução social pois, com estes, seria possível a punição de condutas que poderiam não ser consideradas crimes dentro do território nacional onde estivesse ocorrendo mas, no entanto, ser considerado crime em um plano internacional, justificando assim a interferência na soberania estatal para processar e julgar tais situações.

Neste caminhar é que se pode constatar claramente a crise que está atravessando o Direito, sob o primas dos direitos e garantias, o qual é apontado por Ferrajoli sob três dimensões, quais sejam: a Crise de Legalidade; Crise do Estado Social e Crise do Estado Nacional.

No Brasil a crise constitucional é a característica principal do seu ordenamento jurídico, especialmente por ser um país que possui uma constituição repleta de direitos fundamentais e garantias aos cidadãos e estes, não raras vezes são relativizadas em nome de interesses escusos do mercado sem qualquer tipo de

controle constitucional.

Noutro aspecto, a crise pode ser constatada com a acentuação do caráter seletivo e desigual de uma diminuição cada vez mais presente do Estado de bem estar social, manifestando-se com uma hipertrofia legislativa fomentada por interesses setoriais, com a criação das chamadas leis-ato que, indubitavelmente, é movido sob o palio da emergência e exceção. A logica é sustentada na seguinte conjectura: quanto menos Estado de bem estar social, mais Estado Penal.

Ferrajoli alerta ainda que a crise do Direito, vista de um modo geral, pode se traduzir, na verdade, em uma crise da Democracia – com carências da soberania popular e do modelo de Estado de direito – pois, as três dimensões da crise não deixa de ser uma *crise de legalidade*, ou seja, da sujeição dos poderes públicos à lei, os quais são elementos estruturais da soberania popular bem como o paradigma do Estado de direito, desaguando, invariavelmente, com a representação das formas neoabsolutistas do poder publico, sem limites e controles, determinados por poderes escusos dentro de nossos ordenamentos.³³⁰

Surge portanto a necessidade do que Ferrajoli chama de modelo ou sistema garantista, o qual o direito contemporâneo não programa somente suas *formas* de produção através de normas de procedimento sobre a formação das leis e demais disposições. Programa alias seus *conteúdos* substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e valores inscritos em suas Constituições, mediante técnicas de garantia cuja elaboração é tarefa e responsabilidade da cultura jurídica.³³¹

Visto como teoria do direito, Garantismo se subdivide em quatro frentes, quais sejam:

A primeira vinculada à revisão da teoria da validade/material e vigência formal das normas jurídicas. A segunda frente pretende o reconhecimento

³³⁰FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 17, tradução livre.

³³¹FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 19/20, tradução livre.

de uma dimensão substancial da democracia, suplantando o caráter meramente procedimental desta. Já na terceira, do ponto de vista do Juiz, se propõe uma nova maneira de ver a sujeição à lei somente por ser lei – aspecto formal – pretendendo que esta sujeição se dê somente quando conjugadas a forma e o conteúdo da norma. Por fim, observa a relevância da ciência jurídica, cujo papel deixa de ser meramente descritivo, mas ganha contornos críticos e de projeção do futuro.³³²

Com isso, o processo penal brasileiro deve ser visto como um instrumento de efetivação das garantias constitucionais dos cidadãos frente ao poder estatal, nos moldes propostos pela Constituição democrática de 1988, tendo a dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à liberdade como fundamentos legitimadores de todo o ordenamento político-jurídico.

Deve pois servir como a lei do mais fraco em alternativa obrigatória ao poder dos mais fortes, que vigeria em sua ausência, o que, indiscutivelmente não se vislumbra no “atual” Código Penal e Processual Penal vigente, o qual, editado em flagrante descompasso com o contemporâneo Estado Democrático de Direito, afronta os preceitos propostos no amago da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, em face dessa preocupante situação, o Estado social democrático cede lugar aos anseios do neoliberalismo e, com especial referencia ao Direito Penal e Processual, estes são desvirtuados de suas verdadeiras funções para servirem de ferramenta ao fortalecimento do avanço desenfreado do capital mundial em uma sociedade globalizada – intervencionismo economicista e expansão do Direito Penal.

A consequência disso pode ser visto com o recrudescimento das políticas de criminalização em nome da garantia de funcionamento do Mercado livre e cada vez mais lucrativo, aniquilando, via Direito Penal e Processual Penal, os marginalizados economicamente. A hipertrofia legislativa penal se prolifera com a importação de uma política de medo à sociedade que, cada vez mais débil, acabam por *comprar* a ideia (im)posta de que somente com o recrudescimento das políticas criminalizadoras é que se pode combater a criminalidade que tanto *temem* – um

³³² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus Editora, 2002, p. 25.

verdadeiro paradoxo.

A esquemática contemporânea pode ser traduzida na seguinte fórmula: há uma redução do Estado de bem estar social, motivado pelo avanço do capital e, via de consequência, o aumento das desigualdades sociais. Dessa desigualdade social exsurge um excesso de “contingente” que, sem encontrarem lugar na sociedade, devem ser abduzidos pelo sistema penal. Com isso, há um recrudescimento da política de criminalização para que tais indivíduos sejam mais uma vez marginalizados e escolhidos como alvo do braço punitivo estatal, retroalimentando o mercado globalizado capitalista.

O neoliberalismo então, para legitimar seu latente discurso ideológico economicista, age para minar a figura do Estado por ser este seu principal rival, ou seja, como (a) causa dos (todos) males sociais. Alias, o neoliberalismo, caracteriza-se principalmente pela diminuição do Estado e seu bem estar social para, em busca da liberdade do mercado, fortalecer o capital numa flagrante busca pela maximização de riquezas.

Em nome dessa liberdade do mercado, o qual, segundo a ideologia neoliberal seria capaz de regular a sociedade a ponto de não mais se mostrar necessário a intervenção estatal, surge o que pode ser classificado como o ápice epistêmico neoliberal: a implementação da ação eficiente, puramente economicista, na própria Constituição Federal de 1988, materializada através da promulgação da *Emenda constitucional nº 19 de 04/06/1998*, o denominado *Princípio da Eficiência Administrativa* – inserido no artigo 37 da Constituição Federal.

Em nome dessa eficiência estatal, relativiza-se as garantias e direitos fundamentais, numa flagrante relação de custo/benefício e, nesta esteira, a liberdade ilimitada do Mercado faz com que sejam guiadas ações de proteção apenas voltado a liberdade e a propriedade – máximas deste modelo –, fomentando, conseqüentemente, o desemprego e a desigualdade social como suas principais mazelas.

Logo, com os excluídos das benesses do capital, por não encontrarem espaço nesse novo modelo e, especialmente, por ser esta exclusão a propulsão do

“sucesso do mercado”, surge a necessidade da intervenção do Estado para dar conta desse excesso de contingentes.

Neste diapasão, o neoliberalismo necessita igualmente de um *Estado-sócio*³³³ o qual sob o pretexto de fazer cessar possíveis rebeldes da sociedade frente o Mercado e seu discurso eficientista entraria em cena com sua mão punitiva – Direito Penal – para a manutenção do sistema.

Este é o papel “útil” do Direito que, em compasso com a Economia, faz com que a ideologia neoliberal eficiente desfile em segurança (mercantil), principalmente quando vem à tona as “falhas” advindas do Mercado, diminuindo com isso os custos e fomentando uma ordem mundial transnacional que cria e impõe decisões que afetam toda a sociedade numa espécie de padronização judicial, evitando com isso qualquer tipo de risco aos que estão no poder.

O Direito Penal e Processo Penal passa a ser a “menina dos olhos” do neoliberalismo e seu princípio da eficiência, pois é através do controle social e seu poder penalizante que se pode alcançar o objetivo maior desse discurso, qual seja, a redução do Estado do Bem-Estar e a mitigação das garantias constitucionais, por serem estes a principal barreira aos ideais do Mercado.

Com essa valorização economicista transnacional surge como preocupação latente a formação de uma nova criminalidade, a qual, em flagrante cenário de formação de uma nova ordem mundial globalizada, pode ser vista como fruto do brutal avanço tecnológico e da transformação socioeconômica (revolução informática e globalização da econômica) que produziram, indubitavelmente, evoluções comerciais que destacaram novos caminhos e novos instrumentos de comercio transnacional e, desta forma, deram margem para sua utilização indevida.

Esse panorama e, sob a fantasiosa preocupação com essa nova criminalidade, surgem as “inovações” legislativas penais e processuais penais que, sem qualquer tipo de debate ou contextualização social, é “importada” à fórceps ao

³³³ Terminologia utilizada por ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 11, Ago-Dez. p. 15. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf> acesso em 01 de jul. 2012.

Brasil, na melhor logica de custo/beneficio neoliberal.

Este é o cerne de toda a problemática atual. No afã de se tentar combater (ou alimentar?) essa nova criminalidade, é claro dentro do discurso economicista, surge o Direito Penal como um verdadeiro instrumento de resposta – que deve ser pronta, acabada e acima de tudo *eficiente* – contingencial a determinadas demandas práticas. Exemplos dos mais marcantes podem ser verificados na lei dos Crimes Hediondos (nº 8072/90), a lei de Combate ao Crime Organizado (nº 9034/95), a lei de criação dos Juizados Especiais Criminais (nº 9099/95), lei de Lavagem de Dinheiro (nº 9613/98) e lei de Tóxicos (nº 11343/06), para citar alguns apenas.

Porém, o que se vê em todo o mundo, e em especial nos países periféricos como o Brasil, é o uso irracional do Direito Penal para atender a anseios pontuais, emergenciais, sem qualquer tipo de reflexão sistemática e garantista, à serviço do discurso da ação eficiente econômica neoliberal empenhado em mitigar os Direitos Fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito em prol de uma constante redução de custos (maximização de riquezas) – tudo ao bel-prazer do Mercado.

Portanto, pode-se concluir que nesse quadro caótico de expansão das políticas criminalizadoras – com a legislação penal causal atendendo aos anseios e interesses emergenciais – o que se vê, de forma cristalina, é o Estado tentando alcançar sua eficiência (anti)garantista (puramente economicista) frente as sociedades contemporâneas globalizada, num perfeito movimento transnacional de mitigação das garantias constitucionais, amoldando-se flagrantemente ao modelo ideológico neoliberal.

ANEXO

LEI	ANO DE EDIÇÃO	DISPOSITIVO LEGAL	PREVISÃO LEGAL	PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL VIOLADO
8072	1990	Art. 2º, <i>caput</i>	Proibição da concessão de anistia, graça, indulto e fiança	Princípio da Presunção de Inocência
		Art. 2º, § 4º	aumento do tempo da prisão temporária	Princípio da Isonomia
9034	1995	Art. 1º	Ausência de conceituação da organização criminosa	Princípio da Legalidade
9099	1995	Art. 62	Celeridade processual	Princípio do Devido Processo Legal
9613	1998	Alteração dada pela lei 12.683/12	Motivos da alteração: tornar mais eficiente a persecução penal	Princípio do Devido Processo Legal; da Ampla Defesa e do Contraditório
		Art. 2º, § 2º	Vedação da aplicação do art. 366 do CPP	Princípio do Devido Processo Legal; da Ampla Defesa e do Contraditório

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BATISTA, Nilo. 2003b. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 42, jan.-mar. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilomidia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: resposta à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. 2ª ed. Goiânia: AB Editora, 2003.
- BODNAR, Zenildo. Justiça penal internacional. Novos estudos jurídicos. vol. 9 n. 3 Itajaí/2004. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/379/322> Acesso em: 21 abril 2012.
- BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. **O império contra-ataca**. Disponível em: <http://www.eptic.com.br/arquivos/Publicacoes/textos%20para%20discussao/textdisc3.pdf> Acesso em: 24 abril de 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: 10º ed. Malheiros, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Acesso em: 08 jul. 2012.
- BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm Acesso em: 08 jul. 2012.
- BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm Acesso em: 09 jul. 2012.
- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm Acesso em: 09 jul. 2012.
- BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 jul. 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Exposição de motivos do Código de Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo. **Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais**. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 04 jun. 2012. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_01.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2012.

CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2ª ed. rev. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; DECOMAIN, Pedro Roberto. **Direitos fundamentais e sua proteção em âmbito internacional**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/decomain7.htm> - DECOMAIN> Acesso em: 15 abril 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: 20. ed. Saraiva, 1998.

Decreto nº 4388/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 26 abril 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**: a escola do mundo ao avesso. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2011.

GAVAZZONI, Antônio Marcos; MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. **Constituição, estado e garantismo jurídico**: diálogos cruzados. São Paulo: Conceito, 2012.

GARCIA, Rogério Maia. A Sociedade de Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 17, 2005. Disponível em: <

<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/RISCO.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2012.

HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av. vol.16 no.45 São Paulo May/Aug. 2002.** Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142002000200012>> Acesso em: 22 abril 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Reflexões sobre a Análise Econômica do Direito.** Disponível em: <<http://juliomarcellino.blogspot.com.br/2009/10/reflexoes-sobre-analise-economica-do.html>> Acesso em: 30 jun. 2012.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 10, 2003.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 55-56, 2002. Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 07 jul. 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo:** a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material.** Florianópolis: Habitus Editora, 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático:** crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Direito infracional:** garantismo, psicanálise, e movimento antiterror. Florianópolis: Habitus, 2005.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Judiciário entre eficiência e eficácia: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88. **Encontro Cainã**, em Petrópolis, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com/2009/10/judiciario-entre-eficiencia-e-eficacia.html>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal:** a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf> Acesso em: 01 jul. 2012.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Discurso Neoliberal e Estado Democrático de Direito: **Ciências Sociais Aplicadas em Revista** – Cascavel, 2008, n. 15, 2o sem 2008, p. 27-40. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/3164/2496>> Acesso em: 26 jun. 2012.

NORBERTO, Bobbio. **Estado Governo Sociedade para uma Teoria Geral da Política.** Rio de Janeiro: 6. ed. Paz e Terra, 1997.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **O novo em Direito e Política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- ORWELL, George. **1984**. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.
- PASOLD, César Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica**: Idéias e Ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. Florianópolis: OAB Editora, 2003.
- PENSARDI, Mario Arthur. **Iniciação ao Estudo do Estado**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1977.
- SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Teoria instrumentalista do processo e o sistema processual penal inquisitório**: subsídios para uma crítica aos poderes instrutórios. Curitiba: Mimeo, 2011.
- SOUZA FILHO, Jayme José de. Investigação criminal à luz da Lei 9.034/95: a atuação de agentes infiltrados e suas repercussões penais. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 1, n. 2, p. 83-96, maio/ago, 2006. Disponível em :<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11569/10264>> Acesso em: 10 jul. 2012.
- STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito internacional sob novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 372. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo372.htm>> Acesso em: 10 jul. 2012.
- VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à Delação Premiada**: Uma análise da teoria do garantismo penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.
- VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 78, p.29-35, abril/maio, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/PDF/CarolinaVieira_Rev78.pdf Acesso em: 05 jul. 2012.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.