

Salo de Carvalho\*

Resumo: O presente artigo aborda a tensão entre o modelo jurídico (penal) contemporâneo, transnacionalizado pelas políticas de globalização neo-liberal, e o pensamento garantista. Centraliza o debate entre a opção garantista-minimalista (direito penal mínimo, direito social máximo) e a inquisitivo-maximalista (direito penal máximo, direito social mínimo).

Abstract: The following article is about the tension between the contemporary juridical modulus (penal), transnationalized by the neo liberal globalization politics and the 'guarantist' idea. It focuses on the debate between the 'guarantist'–minimalist option (minimal penal law, maximal social law) and the inquisitive–maximalist (maximal penal law, minimal social law).

O modelo de Estado democrático de direito e a racionalidade jurídica sofrem atualmente grandes abalos e sérias ameaças. Em matéria de garantias penais e processuais, ou seja, no que diz respeito aos direitos de primeira geração, notamos que o processo de avalanche legislativa, instrumentalizado pelo mass media em seu papel de formador do consenso de defesa social, cria uma desregulamentação comparável somente ao pluralismo de fontes presentes no medievo. Em relação aos direitos sociais, o primado da razão mercadológica sobre a racionalidade jurídica, imposta pelos programas de globalização neoliberais deflagrados por Margaret Thatcher na década de oitenta, tem produzido o desmonte do Welfare State nos países de economia avançada e a impossibilidade dos países de 'Terceiro Mundo' atingirem relativo grau de justiça social (distribuição equânime de riqueza, reforma agrária, erradicação da miséria, otimização e acesso das populações carentes aos serviços de saúde e educação, melhoria nos sistemas de previdência social e, principalmente, ações contra as exorbitantes taxas de desemprego e exclusão social).

A conjuntura estruturada sob a égide da liberdade de mercado tem produzido um modelo 'neo-absolutista' com 'tentativas autoritárias', nas palavras de Ralf Dahrendorf[1].

A idéia do caráter ilimitado da liberdade de mercado (produtor de uma confusão entre as esferas do público e do privado), agregado com as novas técnicas de produção do consenso – produzindo ‘analfabeti lobotomizzati dai mass media’[2] – e a afirmação do poder absoluto das majorias, são as principais querelas que ameaçam o Estado de direito[3].

O efeito de tal processo, nitidamente totalitário em suas raízes, é a descartabilidade do valor pessoa humana e o retorno a um estado de selvageria pré-civilizatório, bárbaro, no qual impera a lei do mais forte.

Luigi Ferrajoli percebe que a ausência de limites ao poder empresarial, determinado pela desregulamentação e selvageria da liberdade econômica, coloca o mercado econômico como nova Grundnorm, acima do direito e da política, resultando no “desmantelamiento del Estado social y de sus sistemas de límites, garantías y controles no sólo sobre el Estado, sino también sobre el mercado”[4].

Creemos, contudo, que a melhor análise produzida sob o fenômeno é de Ralf Dahrendorf, no ensaio ‘Economic opportunity, civil society, and political liberty’, de 1995.

Como contextualiza Jacinto Coutinho, em precioso comentário sobre a obra supracitada ao qual nos permitimos remeter o leitor[5], Dahrendorf – ex-parlamentar e Secretário de Estado no Ministério de Assuntos Exteriores da Alemanha, comissário da Comunidade Européia em Bruxelas, diretor do London School of Economics e do Saint Anthony’s College de Oxford – é o responsável pela política européia na Câmara dos Lordes. Em diagnóstico extremamente realista, o autor percebe como dever dos países centrais, nos próximos dez anos, ‘enquadrar o círculo’ entre as incompatibilidades de bem-estar econômico, coesão social e liberdade política. Adverte, porém, que “la quadratura del cerchio è impossibile; ma ci si può forse avvicinare (...)”[6].

O custo do enquadramento do círculo é medido pelo fato de que alguns países subdesenvolvidos (como os latinos) não conseguiriam acompanhar o processo e, mesmo assim, dividiriam os ônus e as dificuldades dos países centrais.

O primeiro passo para o processo de globalização econômica é dado pela flexibilização, isto é, a desregulamentação e a limitação das interferências governamentais, principalmente no que diz respeito aos tributos e ao mercado de trabalho – “Il termine ‘flessibilità’ ha finito per indicare soprattutto allentamento dei vincoli che gravano sul mercato del lavoro: maggiore facilità nell’assumere e nel licenziare, possibilità di aumentare e diminuire i salari, espansione degli impieghi part-time e a termine, cambiamento più frequente di lavoro, di azienda e di sede (...). Flessibilità significa anche disponibilità di tutti gli operatori ad accettare i cambiamenti tecnologici e a reagirvi prontamente”[7].

Dahrendorf percebe o processo como irreversível e alerta sobre a consequência: “la globalizzazione economica sembra essere associata a nuovi tipi di esclusione sociale”[8].

As renovadas formas de exclusão seriam caracterizadas pela perda do status de cidadão por algumas pessoas[9], não somente em razão das restrições econômicas, mas por qualquer característica que as possa diferenciar (raça, nacionalidade, religião et coetera). Contudo, o

autor é mais drástico ainda em sua anamnese: “certe persone (per terribile che sia anche solo metterlo per iscritto) semplicemente non servono: l’economia può crescere anche senza loro contributo; da qualunque lato le si consideri, per il resto della società esse non sono un beneficio, ma un costo”[10].

Desumanizando o homem e tornando-o supérfluo, pois muitos representam um verdadeiro custo, o horizonte que se visualiza é aquele da “guerra de todos contra todos”, visto que a competição acaba rompendo quaisquer laços possíveis de solidariedade.

As perspectivas indicadas na nova ordem internacional parecem-nos aterrorizantes para a tutela dos direitos humanos, fundamentalmente pelo fato de que a quebra dos limites ao poder, já não mais concentrado no Príncipe ou no princípio (Direito) mas no Mercado, não sofre quaisquer resistências pela sociedade civil. A ‘necessidade’ desse irreversível processo é consumida, como assinala Jacinto Coutinho[11], com a naturalidade de um objeto que se possa degustar satisfatoriamente. Todavia, é mister ressaltar mais e mais, que a perda da centralidade da pessoa implica não somente a desvalorização do homem, mas tem um reflexo genocida substancial pelo fato de que estão em jogo vidas humanas. A propósito, nada mais característico e configurador de uma estrutura de pensamento totalitária onde o ‘Outro’ é desprezado e consumido pela moral dominante: na atualidade, a mercadológica.

A banalização desse processo, visivelmente capitaneada pela estrutura social videocratizada, é absolutamente contrária aos pressupostos do Estado de direito e da democracia, ou seja, à concepção garantista. Os direitos fundamentais, centro agregador das conquistas históricas da humanidade e elevados a critérios (externos e internos) de legitimação do Estado e do direito, desmoronam para dar lugar à nova Grundnorm. Assim, se sob a ótica garantista projeta-se a necessidade de minimização do poder policesco penal e a otimização do aparato administrativo nas esferas sociais (‘direito penal mínimo, direito social máximo’), na concepção transnacionalizada do projeto neoliberal a máxima é invertida, concebendo a restrição ao máximo dos direitos sociais e à ampliação penal/carcerária, pois ‘algum’ lugar dentro da sociedade deve ser reservado aos ‘inconvenientes’. Gesta-se, no interior dessa ideologia, uma saída plausível para aqueles que foram destituídos (ou que nunca chegaram a ter) da cidadania: a marginalização social potencializada pelo incremento da máquina de controle penal, sobretudo carcerária.

Como percebe Eduardo Faria, com o processo de globalização e a gradual simbiose entre marginalidade social e marginalidade econômica, as instituições jurídicas dos Estados são obrigadas a concentrar sua atuação na preservação da ordem e da segurança, assumindo papéis eminentemente punitivo-repressivos. Os ‘não-cidadãos’ porém, apesar de destituídos de seus direitos subjetivos públicos, não são dispensados de suas obrigações estabelecidas nas leis penais. Dessa forma, o Estado “enquanto no âmbito dos direitos sociais e econômicos vive hoje um período de refluxo, no direito penal a situação é oposta. O que aí se tem é a definição de novos tipos penais, a criminalização de novas atividades em inúmeros setores da vida social, o enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade por meio do recurso a regras sem conceitos precisos, o encurtamento das fases de investigação criminal e instrução processual e a inversão do ônus da prova”[12].

É de se notar, ainda, que a proposta garantista da redução dos serviços do Estado em matéria penal em nada corresponde, como afirmam alguns afoitos, ao projeto autoritário exposto acima. Pelo contrário, o minimalismo penal é o contraponto ótimo do modelo jurídico-político que concebe o Estado em função exclusivamente repressiva[13]. Impõe-se, pois, entre os pensadores críticos, a noção de que este sistema de economia global é um sistema de violência internacional organizada, sendo que a única saída para tal é o direito, sobretudo o constitucional, percebido como racionalidade dirigida à minimização do estado de guerra e à preservação do homem.

Não obstante, um fato deve ser ainda comentado, a dizer, o do rompimento da noção liberal clássica de soberania dos Estados e os efeitos sob os sistemas (nacionais e internacionais) de garantia.

É decorrência lógica do processo de globalização econômica o enfraquecimento dos sistemas constitucionais e a ruptura do poder soberano. Cada vez mais o local deliberativo das políticas econômicas, inclusive em relação à segurança pública[14], é deslocado aos países desenvolvidos, conformando cada vez mais um modelo central e inabalável de poder.

A quebra do princípio da soberania pode ser vista, porém, não apenas como resultado catastrófico da total desregulamentação do poder, mas também como uma das únicas possibilidades de controle deste modelo de desrespeito absoluto aos direitos fundamentais.

Com o advento da ONU, e mais especificamente a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, os direitos humanos configuraram-se não mais como limites constitucionais e internos, mas como direitos supra-estatais e externos ao controle político dos membros signatários. Para Ferrajoli, a ordem jurídica mundial, ao menos sob o plano normativo, foi profundamente modificada, sendo o documento das Nações Unidas e seus estatutos e declarações decorrentes o equivalente a um verdadeiro “contratto sociale internazionale – storico e non metaforico, atto costituente effettivo e non semplice ipotesi teorica o filosofica – con il quale il diritto internazionale muta strutturalmente, trasformandosi da sistema pattizio, basato su trattati bilaterali inter partes, in un vero ordinamento giuridico sovranazionale: non più semplice pactum associationis ma anche pactum subiectionis” [15].

A análise do pensador italiano é extremamente coerente. Partindo dos pressupostos clássicos da modernidade, entende que a opção da comunidade internacional pelo ‘contrato’ representou a negação do estado de natureza internacional e a escolha do estado civil global centrado sob os pressupostos da manutenção da paz e dos direitos humanos. A noção de centralidade da pessoa adquiriria, assim, respaldo em um novo ordenamento em nível mundial. Em consequência, “nel nuovo ordinamento sono infatti soggetti di diritto internazionale non più solo gli Stati, ma anche gli individui ed i popoli (...) [16]”.

Os pressupostos (absolutos) da soberania, portanto, estariam desfeitos, visto que o novo sistema de normas internacionais se caracterizaria como *ius cogens*, vinculante de todos os Estados signatários.

Perceba-se que a figura simbólica do pacto é extremamente relevante. Não podemos olvidar que o momento de afirmação dos direitos do homem, em 1948, é de total repulsa à barbárie da política genocida dos países do Eixo. Como no nascer da modernidade e dos Estados soberanos, a opção por um novo contrato vinculante entre a comunidade internacional indica a negação do uso incontrolável dos direitos dos Estados e, mais, a limitação das respostas desproporcionais em caso de violações internacionais. Se na formulação original o pacto tutelava o mais fraco contra a vingança emotiva do detentor do poder bélico individual, agora este mesmo pacto continua a tutelá-lo, porém não mais restrito aos termos individuais mas sim internacionais, sem desprezar os primeiros.

O novo momento civilizatório corresponderia a uma eficaz resposta ao potencial destrutivo e sem limites não somente das políticas armamentistas e da destruição ambiental, mas também da desigualdade, da miséria, das discriminações raciais e demais formas de exclusão decorrentes da autonomia do mercado sobre o direito e a política.

Instrumentalizar tal assertiva pressuporia a criação de um constitucionalismo internacional, negando em absoluto a noção de soberania (liberdade absoluta), criando mecanismos jurídicos de efetivação das garantias expostas nas declarações de direito contra as violações da paz (plano externo) e dos direitos humanos (plano interno).

O sentido absoluto da soberania internacional seria substituído pelas restrições do novo constitucionalismo, imperando uma reforma na jurisdição internacional. Para tanto, Ferrajoli[17] visualiza (a) a ampliação de competência dos tribunais internacionais (principalmente da Corte Internacional de Haia), não somente às questões de controvérsia entre os Estados, mas inclusive sobre problemas relativos à guerra, ameaça da paz e violações dos direitos humanos; (b) a obrigação do caráter obrigatório das jurisdições internacionais, com prévia aceitação dos Estados; (c) o reconhecimento da legitimidade ao acesso às cortes não somente aos Estados mas também às pessoas e às organizações de direitos humanos internacionais; e, (d) a introdução de tribunais internacionais para julgamento de responsabilidade pessoal dos governantes por crimes de direito internacional[18], como efeito da criação de um código penal internacional[19].

Creemos que a assunção de tais teses elevaria finalmente a humanidade ao nível de civilidade esperado pelos pensadores da Ilustração, reconhecendo na racionalidade artificial do direito o papel central de minimização da violência e da barbárie não restrita às relações individuais mas ampliada às relações entre indivíduos e Estados e entre os Estados mesmos. O constitucionalismo internacional representaria novo passo da humanidade à sua maturidade, (re)centralizando o homem em sua dignidade e negando todas as formas de infantilização perversa que destroem os laços de solidariedade, fundamentalmente aqueles disseminados pelo atual modelo de globalização neoliberal.

## Bibliografia

CARVALHO, Salo de. A Política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

\_\_\_\_\_. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS (74). Porto Alegre, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: COUTINHO, Jacinto (et. alli.). Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EdIBEJ, 1996. p. 41 – 71.

DAHRENDORF, Ralf. Quadrare il cerchio: benessere economico, coesione sociale e libertà politica. 8. ed. Roma: Laterza, 1998.

ECO, Umberto. Il nome della rosa; Postile a ‘Il nome della rosa’. Milano: Bompiani, 1998.

FARIA, José Eduardo. Globalização e direitos humanos. São Paulo, Jornal Folha de São Paulo, 11 de outubro de 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

\_\_\_\_\_. La sovranità nel mondo moderno. Roma: Laterza, 1997.

\_\_\_\_\_. Derecho y Garantías: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. El estado constitucional de derecho hoy. In: Ibáñez, Perfecto Andrés (org.). Corrupción y Estado de Derecho. Madrid: Trotta, s/d. p. 15 - 29.

SCALFARI, Eugenio. Potere e libertà: metà della metà In: DAHRENDORF, Ralf. Quadrare il cerchio: benessere economico, coesione sociale e libertà politica. 8. Ed. Roma: Laterza, 1998. p. 69 – 75.

-----  
\* Advogado, Presidente do Conselho Penitenciário do RS, Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito, Professor de Direito Penal e Criminologia dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado) da UNISINOS e PUC/RS.

[1] Dahrendorf, Ralf. *Quadrare il cerchio*, p. 45/56.

[2] Termo utilizado por Umberto Eco para designar os efeitos dos meios de comunicação de massa sobre a população (ECO, Umberto. *Postile a 'Il nome della rosa'*, p. 537).

[3] FERRAJOLI, Luigi. *El Estado constitucional de derecho, hoy*, p. 20.

[4] FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 20.

[5] COUTINHO, Jacinto. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. Sobre o livro, conferir também os comentários de SCALFARI, Eugenio. Potere e libertà: metà della metà*.

[6] DAHRENDORF, Ralf. *op. cit.*, p. 14.

[7] *Ib. ibdem.*, p. 24-5.

[8] *Ib. ibdem.*, p. 33.

[9] “Questo processo è stato reso ancora più grave dall’emergere del fatto che una porzione più ridotta ma nondimeno significativa della popolazione sembra aver perso ogni contatto con la sfera della cittadinanza (...). Gli emarginati sociali non sono una classe; tutt’al più sono una categoria di individui caratterizzati da storie di vita profondamente diverse. È vero che alcuni di essi riescono ad affrancarsi da questa condizione; ma molti vivono in uno stato in cui non esiste nessun contatto con il mondo ‘ufficiale’, con il mercato del lavoro, con la comunità politica, con la società più vasta” (*Ib. ibdem.*, p. 34-5).

[10] *Ib. ibdem.*, p. 36 (grifamos).

[11] COUTINHO, Jacinto. *op. cit.*, p. 69.

[12] FARIA, José Eduardo. *Globalização e direitos humanos*.

[13] Por mais trágica que possa representar a seguinte afirmação, o projeto de resistência minimalista em direito penal subsiste até o momento em que os próprios aparatos de segurança não forem totalmente repassados ao privado, eis que tal fato já demonstra alguma veracidade pois, como percebe José Eduardo Faria, “funções como a manutenção da segurança pública, por exemplo, em princípios indelegáveis pelo Estado, são assumidas por grupos privados, sob a forma de serviços de vigilância particular. Alimentados pela síndrome do medo, eles hoje controlam a circulação em espaços públicos, impondo sua própria ordem em detrimento da ordem do Estado” (FARIA, José Eduardo. *op. cit.*).

[14] Neste sentido, conferir nossos estudos sobre a transnacionalização do controle social, principalmente sobre a criminalidade relativa aos entorpecentes (CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização e CARVALHO, Salo. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998).

[15] FERRAJOLI, Luigi. La sovranità nel mondo moderno, p. 40.

[16] FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 41.

[17] Ib. ibdem, p. 52.

[18] Nesse sentido, cremos que um grande passo foi a assinatura do documento de criação da Corte Penal Internacional para julgamento de crimes contra a humanidade, de guerra e genocídio, com sede em Roma. A Corte Penal Internacional Permanente foi aprovada em 17 de julho de 1998, quando 120 países votaram pela sua criação (incluindo o Brasil), com 21 abstenções e 07 votos contrários (Estados Unidos, Israel, China, Srilanka, Índia e Turquia).

Perceba-se que é o primeiro instrumento do gênero na história da humanidade. A implementação do Tribunal ocorrerá nos próximos anos, e sua jurisdição alcança apenas os casos de omissão do país em julgar os crimes contra a humanidade. É orientada, pois, pelo princípio da complementaridade.

São considerados crimes contra a humanidade, segundo o art. 5 do Estatuto de Roma, os crimes de genocídio, os crimes de lesa-humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. Nos artigos 6º, 7º e 8º, o instrumento define o que se entende por genocídio, crime de lesa-humanidade, crime de guerra e agressão.

[19] Além das propostas relativas à jurisdição internacional, Luigi Ferrajoli entende necessário um amplo e sério processo de desarmamento dos Estados (FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 53), e o reconhecimento por parte dos países centrais do ‘ius societatis et communicationis’, estabelecendo a quebra dos limites à circulação de pessoas entre os Estados – “dopo che è stata l’Europa ad invadere per secoli il resto del mondo con le sue conquiste e con le sue promesse, non possiamo compiere l’operazione inverse – cioè trasformare i diritti dell’uomo in diritti dei soli cittadini – senza rinnegare l’universalismo dei principi su cui si fonda la credibilità delle nostre democrazie” (Ib. ibdem, p. 54).