

Transformações do Estado e revisão do garantismo penal nos 30 anos da Constituição Federal de 1988

*Fabio Henrique Falcone Garcia*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, seria impensável advogar a necessidade de revisão das garantias individuais inculpidas no extenso rol do art. 5º, em que nada menos que trinta e seis de seus setenta e oito incisos foram destinados à tutela de direitos relacionados direta ou indiretamente à liberdade individual ou à sua defesa em juízo ou fora dele.

A Constituição “cidadã” surgiu como signo da redemocratização do Estado brasileiro, após duas décadas de regime autoritário. Ao lado da euforia dos ventos libertários, a exemplo de outras constituições promulgadas em contextos semelhantes, vieram a positivação de direitos sociais e de programas de Estado que iriam, segundo se esperava, direcionar a política estatal rumo à construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, destinada à garantia “do desenvolvimento nacional”, com correlata “redução da pobreza e das desigualdades sociais e regionais”, enfim, promovendo “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º). Os fundamentos do Estado foram declarados a *soberania*, a *cidadania*, a *dignidade da pessoa humana*, os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*, o *pluralismo político* e a natureza representativa do poder político, pertencente ao povo (CF, art. 1º).

Conquanto ainda presentes na Constituição Federal, essas expressões ganharam, ao longo dos anos, um significado muito diverso daquele vigente à época. Fala-se em *mutação constitucional* com um elastério capaz de viabilizar ressignificação dos termos literais do texto constitucional a fim de alinhá-lo às demandas da contemporaneidade.

¹ Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Integrante do 4º Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura.

Essas construções hermenêuticas não são produto de uma evolução teórica isolada do domínio científico; ao contrário, resultam de um plexo de influências recíprocas de interesses, valores e processos históricos.

Pouco tempo depois da promulgação do texto constitucional, sobrevieram sucessivas revisões, que procuraram introduzir um novo modelo de Estado enxuto, no qual a competição é eleita valor fundamental e, embora não constante do texto constitucional, conduz os arranjos societais a um novo paradigma de legitimação. No âmbito do direito criminal, a despeito das reformas processuais destinadas à introdução do sistema acusatório de persecução penal², de escopo garantista, observou-se uma tendência expansionista, que propugna um direito penal de resultados, em alguma medida dissonante com o significado culturalmente consolidado acerca do rol de garantias fundamentais à época da promulgação da CF/88. Este artigo buscará explorar as relações entre essas transformações e um paradigma de *revisão do garantismo penal*.

Trata-se de identificar, por meio de uma observação de orientação sociológica³, afinidades entre transformações do contexto político e econômico mundiais e as tendências contraditórias que permeiam o estado atual da jurisprudência criminal, a fim de perquirir sobre a (in)existência de uma racionalidade própria do direito penal capaz de assegurar previsibilidade acerca da compreensão dos princípios constitucionais que o informam. A intenção é esclarecer razões para uma aparente bipolaridade entre um garantismo que encontra respaldo no texto constitucional, mas que aparentemente não se adequa às condições de sustentação do transformado Estado brasileiro.

O garantismo pode ser definido como fórmula política em que as instituições são instrumentais a serviço de direitos individuais, o que pressupõe sujeição à estrita legalidade e aos limites substanciais

² Ainda que haja críticas acerca da natureza efetivamente acusatória do processo penal brasileiro, como sustenta Lopes Junior (2018, p. 40-51).

³ Por observação sociológica, refiro-me a um nível de observação distinto da teoria e da prática jurídicas. A expressão tem raiz no pensamento sistêmico, que assume como premissa a existência de sistemas sociais que produzem comunicação e reconfiguram seus limites a partir de processos reiterados, autorreferentes, que condensam sentidos. Essa condensação de sentidos produz clivagens estruturantes do fluxo comunicacional, por meio de observações estruturadas em níveis distintos. A prática jurídica é reconhecida como uma observação de primeira ordem, produz sentidos que são percebidos como uma comunicação jurídica e assim por diante. A teoria do direito observa a prática em outro nível e produz outro tipo de observação. Isso significa que, operando em níveis distintos, os planos teóricos de uma observação prática, teórica e sociológica veem coisas diferentes. O achado de cada observação, contudo, pode ser relevante porque é ressignificada nas novas comunicações. Para uma compreensão mais aprofundada do tema, ver: Campilongo (2012, p. 47-49); Garcia (2018, p. 106-110 e 273-278); e Luhmann (2010, p. 157-160).

impostos por direitos fundamentais (SANCHÍS, 2009, p. 377). Suas raízes teóricas remontam ao liberalismo político, notadamente à concepção de “direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e de propriedade” (SARLET, 2004, p. 180). Nesse sentido, insere-se a representação do direito penal como *ultima ratio* estatal para resposta às condutas sociais desviantes, ainda que, paradoxalmente, a pena tenha assumido, no processo de racionalização do Estado nacional, “lugar dominante no auto-retrato identitário do sistema penal” (PIRES, 2004, p. 40-41).

Há razoável consenso em afirmar que a *legitimação* do direito de punir se estabelece sob a perspectiva de resguardo da paz social, lastreada na crença de que a previsão de punição pode reduzir a incidência de delitos desagregadores. Corolário do princípio da legalidade e da noção de isonomia do exercício do poder político estatal, esse pensamento decorre da busca iluminista pela restrição do arbítrio estatal, impedindo, a um só turno, o exercício da justiça privada e garantindo, em tese, a paz social como efeito indireto da previsão da pena (RODRIGUEZ, 2008).

A difusão dessa crença foi relevante para que o Estado pudesse perseguir, por meio de uma justificação racional, aquilo que Weber denomina de *monopólio do uso legítimo da força* (2014, p. 391). Essa expressão há de ser bem entendida. Weber, preocupado em compreender como se estabilizam contextos de dominação de uns sobre outros, conclui que o Estado é uma relação de dominação apoiada na violência considerada legítima. Combinam-se elementos sociais (a relação associativa estatal), culturais (a relação de autoridade) e institucionais (aparato coativo), em relações associativas que ganham solidez a ponto de formarem de estruturas lastreadas no reconhecimento de que determinada ordem (hierarquia entre valores) é válida, ou seja, é legítima.

Não se trata de reconhecer que o Estado exerce uma violência idealmente legítima, porque lastreada no direito, mas de reconhecer que o Estado, de fato, conseguiu adesão ao reconhecimento de que exerce violência legítima, *porque jurídica*. Os indivíduos submetem-se a uma relação de autoridade dos dominadores por motivos internos (legitimidade) e externos (*vigência empírica*, entendida como a crença do poder incontestável do Estado). Internamente, acreditava-se no Estado de direito como forma de contenção do arbítrio. Ao mesmo tempo, sujeitava-se à violência porque o quadro administrativo estatal era capaz de impor a observância da *ordem estabelecida* contra a vontade dos dominados, para a hipótese de recalcitrância.

A ideia weberiana de vigência empírica assenta-se sobre dois ele-

mentos. Pelo elemento subjetivo, estruturam-se expectativas de comportamento, enquanto o elemento objetivo compreende o cálculo sobre as possibilidades de reação institucionalizada. A vigência empírica, em última análise, significa o grau de probabilidade de uma ordem vir a ser seguida, observada tanto sob o aspecto individual (como os atores se sentem constrangidos a cumpri-la) como pelo aspecto social (como os atores creem que socialmente está sedimentada a existência dessa ordem)⁴. Gabriel Cohn complementa essa noção, desenvolvendo o conceito de *Gewalt*. Para esse autor, *Gewalt* permite pensar numa “conjugação de convencimento e coerção” capaz de fazer “perdurar a hegemonia, que é uma relação sustentada pelo poderoso aparelho institucional” (2017, p. 110). A *Gewalt* resulta do arranjo entre estruturas sociais e cultura, entre a possibilidade de recorrer ao exercício do poder e a possibilidade de divulgar a crença na efetividade desse recurso. Ela representa a possibilidade de um despertar de legitimação, decorrente da força simbólico-institucional que o aparato coercitivo promove em favor de determinada situação de dominação.

O direito da modernidade, como se vê, serve à legitimação da política, ao permitir a disseminação da crença de que o arbítrio pode ser contido pela ideia de isonomia e do governo de leis. As garantias penais e processuais penais têm uma função legitimatória da dominação e se afinam às teorias políticas liberais clássicas, que veem no Estado um mal justificado pela necessidade de se evitar o caos derivado de um estado hobbesiano de natureza (SANTOS, 1994, p. 104-115).

É nesse sentido que se deve compreender a perspectiva funcionalista de Jakobs, para quem a função do direito penal é confirmar a identidade normativa das normas constitutivas da sociedade, entendida como um conjunto de comunicações sociais normativamente ordenadas (2000, p. 27). Ao *racionalizar a resposta criminal e representar o risco da violência legítima para hipótese de recalcitrância*, por meio da sanção, o direito penal assegura legitimidade ao Estado e ao direito e dissemina a crença em sua vigência empírica. Confirma a validade da norma, inclusive contra a recalcitrância. Ao mesmo tempo, o direito penal moderno se apresenta como instrumento de controle social e a possibilidade de um governo de leis, impessoal, restrito ao limite da intervenção necessária para assegurar a liberdade de todos, em uma perspectiva contratualista (HASSEMER, 2003, p. 147).

⁴ Para ilustrar o ponto de vista sociológico, o homicida que oculta o cadáver age em contrariedade ao direito estatal, mas sociologicamente crê na vigência da ordem, tanto que procura evitar ser descoberto.

Todavia, se o direito penal atuava como *metaestrutura* da legitimação e consolidação da política, sua função se adapta às transformações que estas estruturas de dominação sofrem em função de processos históricos mais abrangentes.

A CF/88 insere-se no âmbito das constituições garantistas da segunda metade do século XX, que buscavam superar o positivismo, cuja decadência esteve associada aos regimes fascista e nazista das décadas de 1930 e 1940 (BARROSO, 2003, p. 43). Propugnava-se, além da observância fiel das “fórmulas e procedimentos de produção democrática de leis”, respeito a limites substanciais, que estabelecem obrigações de abstenção, com respeito a conteúdos mínimos de liberdade, e de intervenção, como é o caso dos direitos sociais, em que são estabelecidas obrigações de fazer ou de dar (SANCHÍS, 2009, p. 379). Essa perspectiva pressupõe um constitucionalismo forte, permeado por valores que, integrados à noção de Estado Democrático de Direito, performariam uma conjugação de moral com ordenamento jurídico, a impedir a barbárie representada pela Segunda Guerra Mundial. Havia a busca por uma legitimação axiologicamente vinculada a uma concepção de garantismo combinada com limites substanciais à ação estatal. A ideia de direitos fundamentais ganha força, no intuito de buscar a efetividade de um projeto de contenção do arbítrio.

No caso brasileiro, tratava-se da refundação das bases legitimatórias do Estado por meio da positivação de princípios caros ao direito penal garantista, necessários para responder às demandas por uma condição política democrática em um cenário pós-regime militar. Juristas vinculados ao direito penal saíram fortalecidos politicamente durante a transição democrática em razão do papel exercido na defesa de presos políticos. Esse fortalecimento da classe de interessados no direito penal acompanhou, em alguma medida, uma tendência mundial (HASSEMER, 2007, p. 521).

A tendência garantista refletiu-se em algumas decisões e alterações legislativas processuais e penais subsequentes à promulgação da CF/88. Pode-se citar a promulgação da Lei 9.099/95, com definição das infrações de menor potencial ofensivo e introdução de institutos despenalizadores; as Leis 10.259/01 e 11.313/06, por seu turno, a ampliar o conceito de infração de menor potencial ofensivo; o julgamento, no STF, do HC 73.662/96, ao afirmar que seria relativa a presunção de violência prevista pelo então artigo 224 do Código Penal; as modificações do Código de Processo Penal (Leis n. 11.690/2008; 11.619/2008; 11.719/2008 e 11.900/2009), destinadas a reforçar aspectos acusatórios do processo penal; a modificação do regime de decretação da

prisão preventiva e introdução das medidas cautelares diversas da prisão pela Lei n. 12.403/2011, com revogação do artigo 393 do CPP, que previa prisão processual em razão de sentença condenatória recorrível; a determinação, pelo Conselho Nacional de Justiça, de realização de audiências de custódia (Resolução CNJ n. 213/2015)⁵.

Essa expansão do garantismo penal é confrontada por um movimento contrário que defende uma perspectiva punitivista, costumeiramente vinculado ao rótulo *Law and order*⁶, em alusão à política norte-americana de tolerância zero contra delitos criminais⁷. A Lei 8.072/90, por exemplo, estabeleceu regime mais gravoso para crimes hediondos, com vedação à progressão de regime; as Leis 9.034/95 e 12.850/13, ao tratar de crimes praticados por organizações criminosas, estabeleceu meios investigatórios mais incisivos, tais como a ação controlada, a infiltração de agentes e a colaboração premiada, ao mesmo tempo em que viabilizou o acesso, pelos órgãos de investigação, de dados do investigado independentemente de autorização judicial (art. 15); a Lei 11.340/2006, destinada à redução da violência doméstica de gênero, previu tipos penais mais gravosos e reduziu o âmbito de incidência dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95; a Lei 12.015/2009 aumentou significativamente as penas dos crimes contra a liberdade sexual e eliminou a figura da violência presumida ao instituir o estupro de vulnerável, tipificado como a prática de conjunção carnal com menor de 14 anos, independentemente de consentimento⁸; a Lei 10.741/2003, incrementou a pena para abandono de incapaz para vítimas maiores de 60 anos; a Lei 13.104/2015 tipificou o feminicídio como um tipo qualificado de crime doloso contra a vida. Em todas essas hipóteses, o incremento da resposta penal é meio de política criminal destinado à redução da criminalidade.

Essa aparente contradição não é exclusividade brasileira. Hassemer opõe aquilo que chama de direito penal “clássico”, próprio das garantias de liberdade, a um direito penal “moderno”, que difere do primeiro por três características fundamentais: a proteção dos bens jurídicos, que

⁵ Algumas dessas modificações foram estimuladas por agências de fomento internacional. A reforma processual penal, por exemplo, esteve na pauta dos programas desenvolvimentistas do Banco Mundial, inserindo-se em um programa de diagnóstico de autoritarismo institucional do sistema de justiça de toda América Latina. Nesse sentido, ver Banco Mundial (2004).

⁶ Fala-se em “tempestade global da lei e ordem”, movimento que acompanha a onda punitivista inaugurada pela política de Rudolf Giuliani, Prefeito da cidade de Nova Iorque na década de 1990 (WACQUANT, 2012, p. 7-20).

⁷ Sánches rechaça essa vinculação, embora reconheça o uso instrumental da referência, como meio de integração a um novo “consenso social” sobre “as virtudes do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos” (2002, p. 25).

⁸ Na prática, a modificação legislativa eliminou o debate instituído pelo HC 73.662/96.

passa de um critério negativo para positivo de criminalização, ou seja, o que seria antes um limite ao legislador é visto como um desafio para responder a demandas sociais; a prevenção dos bens jurídicos, que se torna paradigma penal dominante, especialmente no que tange aos delitos envolvendo tráfico de entorpecentes, criminalidade organizada e terrorismo; finalmente, a orientação consequencialista do direito penal, que se convola em instrumento de sensibilização das pessoas, o que se apresenta notadamente nos ramos específicos do direito penal ambiental e na tutela de gênero feminino. Segundo Hassemer, há uma tendência a transformar o direito penal, de *ultima ratio* para *prima ratio*, uma *soft law* que tem como escopo direção (*Steuerung*) social (2003, p. 148-149)⁹. Esse direito penal moderno opera com políticas criminalizadoras, com bens jurídicos mais amplos, sujeitos à discricionariedade, e com o incremento dos delitos de perigo abstrato. Com isso, reduzem-se os pressupostos para punição, pois não mais se exige dano e a definição do bem jurídico tutelado assume caráter etéreo, deixando de significar uma garantia de liberdade legitimadora da cominação penal.

Essas transformações culturais do direito penal envolvem um deslocamento de função. Enquanto o Direito Penal “Clássico” servia à legitimação do Estado de Direito por defender a liberdade e a isonomia jurídicas em sua expressão mais aguda, representando a limitação que o direito impõe ao arbítrio estatal, o Direito Penal “Moderno” propugna um intervencionismo estatal na orientação de uma sociedade de risco, com deslocamento da ênfase retributiva do direito penal clássico para um enaltecimento de seu caráter simbólico. Proponho correlacionar as transformações estruturais do Estado para compreender esse deslocamento de função.

A ideia de Estado nacional sofreu profundas transformações ao longo das últimas décadas. Embora subsistam traços comuns, como tipo diferenciavam-se *Estado liberal*, lastreado em normas jurídicas estáveis e em um poder político incontrastável dentro do território (próprio da dominação racional-legal), *Estado de bem-estar social*, ou *Welfare State*, e *Estado Shumpeteriano de competição* (JESSOP, 2003), com paradigmas de organização jurídico-estatais muito diversos (FARIA, 1999, p. 177-180). Vários eventos históricos contribuíram para essa evolução: em pouco mais de cem anos, o mundo observou a quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929; as Primeira e Segunda Guerras Mundiais; o

⁹ Não me agrada a classificação direito penal *clássico* e *moderno*, pois o direito penal clássico é signo da modernidade, em sentido amplo. Demais disso, subsistem as duas linhas de argumentação jurídicas, o que gera uma tensão na estrutura de racionalidade significativa dominante. Penso que seria melhor tratar de movimento garantista e expansionista do direito penal.

Holocausto; a formação do bloco soviético, a consolidação de sindicatos e o surgimento da Guerra Fria; a formação do acordo de Bretton-Woods; o crescimento de regimes autoritários e as redemocratizações dos países da América Latina e Europa; a positivação de direitos sociais; o surgimento da Comunidade Europeia e, posteriormente, da União Europeia; a queda da União Soviética; a formação do chamado Consenso de Washington; as evoluções tecnológicas das comunicações sem fio; os movimentos *net activists*; as privatizações e reformas constitucionais na maioria dos países da ONU; o surgimento e incremento das agências de fomento internacional; a transnacionalização de mercados, economias e da criminalidade organizada, enfim, eventos relacionados ao fenômeno da globalização e à alteração da relação do poder estatal com o território.

Culturalmente, Ladeur observa um deslocamento de uma sociedade de indivíduos para uma sociedade reticular, passando por uma sociedade de organizações (2010, p. 20-34). As transformações tecnológicas conduziram o capitalismo a um novo patamar evolutivo, informacional.

Na sociedade de indivíduos, a legitimação da dominação se pauta pela *limitação da intervenção estatal, liberdade do indivíduo frente ao Estado e crença na regulação espontânea do mercado e da sociedade*. Acredita-se em uma racionalização da organização da sociedade sob todos os aspectos, a partir de uma visão de mundo permeada pelos valores do liberalismo político clássico.

As crises do capitalismo liberal de acumulação (1929) e do liberalismo político no pós-guerra alavancaram modificações estruturais dos arranjos organizacionais das associações políticas. Demandas econômicas derivadas do desenvolvimento do processo de industrialização, a institucionalização de determinadas posições de classe ou ideológicas (sindicatos e partidos políticos), a Revolução Russa de 1917 e o surgimento de um bloco político socialista consolidado favoreceram a disseminação da doutrina keynesiana, que apregoava a promoção de investimentos estatais como forma de evitar estagnação econômica a partir da acumulação (FARIA, 1999, p. 118-119); posteriormente, a constituição de um sistema monetário internacional, após o acordo de Bretton-Woods; o desenvolvimento do Plano Marshall para reconstrução da Europa no pós-guerra; a Guerra Fria e a bipolaridade ideológica; a pretensão de formação de um pacto capital-trabalho; o desenvolvimento de uma cultura de massa, acompanhada de uma política de expansão do consumo (SANTOS, 2004/2005, p. 295-298) contribuíram para uma consolidação do valor *solidariedade* como instrumento legitimatório dos estados ocidentais de orientação capitalista. Surge o

chamado *Estado keynesiano de bem-estar social* (JESSOP, 2003, p. 3), caracterizado por um modelo fordista de produção, intervencionista, responsável pelo controle de políticas fiscais e monetárias destinadas a induzir investimentos privados e orientar o consumo, com gastos públicos em expansão, como forma de estimular a demanda e combater a recessão econômica (FARIA, 2017, p. 18-23).

Diferentemente do Estado liberal, o Estado-providência legitimava-se por meio de políticas prospectivas, direcionadas à população nacional. A base da unidade social ainda era formada por cidadãos portadores de direitos, ou, mais precisamente, por grupos representados por organizações (sindicatos, partidos políticos e grupos de pressão). Assenta-se, esse Estado, no tripé “poder público-indústria nacional-integração social” (FARIA, 2017, p. 24). O direito ainda funcionava como metaestrutura da política, conferindo legitimação aos dispositivos prospectivos de Cartas políticas que positivavam verdadeiros programas de governo.

No final do século XX, esse modelo entra em crise, impulsionada por uma plêiade de fatores, dentre os quais se destacam a crise fiscal derivada da expansão de gastos, insuficientes para custear as conquistas sociais dos trabalhadores, acompanhada da revolução tecnológica; o fim da Guerra Fria e o surgimento de uma perspectiva hegemônica liberal; a modificação da matriz industrial, com crise do fordismo; a expansão dos serviços; a globalização de mercados e do campo científico (SANTOS, 2004/2005, p. 298-301). Esses fatores resultam em uma tendência de desnacionalização e desestatização (SANTOS, 2010, p. 288-290). A desvinculação dos termos do acordo de Bretton-Woods favoreceu um fluxo de capitais organizado em termos de produção flexível, com diluição do poder dos Estados-nacionais em relação aos grandes atores econômicos internacionais. Procura-se adequar os Estados a uma condição de “competitividade internacional” (JESSOP, 2003, p. 10). Surgem regimes supranacionais ao lado de fortalecimento de tendências nacionais e locais; atores econômicos passam a participar, declaradamente, das decisões políticas fundamentais, suscitando uma crise de legitimação da democracia representativa. Ao mesmo tempo, aparecem narrativas destinadas a realçar o impacto dos custos econômicos nas crises políticas ao modelo de bem-estar social. Reconhece-se a ineficiência do Estado nacional para enfrentar problemas complexos de um mundo globalizado. Altera-se a percepção cultural de pertencimento à nação. Internacionalizam-se produção, consumo, conhecimento e investimento financeiro. As decisões, tomadas em tempo real, em diversos locais do mundo, colocam o Estado na condição de coator político e econômico de um mundo que antes era,

por ele, dominado. Há uma erosão da soberania, provocada, também, pela corrosão da lógica temporal e espacial própria dos estados nacionais. Na busca pela competitividade econômica os direitos sociais são relegados a segundo plano. Fala-se em *governança*, com o incremento da soft law e o reconhecimento de fontes normativas plurais, inclusive não estatais (FARIA, 2017, p. 139). A Administração deixa de ser reconhecida como instância destinada à organização da sociedade por meio de uma política legislativa estatal, atingindo-se aquilo que Lateur denomina “sociedade reticular” (2010, p. 31): uma sociedade em que a informação se torna insumo principal, em que as unidades fabris são flexíveis e podem se deslocar em velocidade rápida, incrementando o paradigma de competição entre Estados, para preservação de emprego e sustentação econômica.

Situados em pontos distintos do planeta ou do mundo virtual, as redes são próprias de um ambiente marcado pela hegemonia do discurso liberal e representam a combinação entre subordinação a um capitalismo financeiro-informacional, instável e desorganizado, com autonomia decisória (NOBRE, 2012, p. 32-33), que resulta em um tipo de ordem jurídica marcado por uma “heterarquia” de fontes do direito e atores incompatível com a leitura tradicional do direito derivado da lei (GARCIA, 2018, p. 235).

Nesse contexto, a soberania estatal torna-se de tal forma porosa que, em tempos de crises financeiras, a ideia de democracia representativa dá lugar à crença de que quem deve mandar e decidir são os credores, e não os eleitores (FARIA, 2017, p. 111)¹⁰.

Modifica-se a relação indivíduo-Estado. Enquanto no Estado-providência a representação era mediada por organizações integradas por indivíduos, na sociedade reticular a integração do sujeito com o território se altera. O sujeito não se vê mais parte da comunidade Estado, pois mantém uma relação econômica direta com o *mundo*, que lhe provê satisfação das necessidades econômicas. Forma-se a chamada *cultura-mundo* (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 15), própria de um *ethos* capitalista cosmopolita, que vê a integração de distintas culturas por meio da mercantilização e do consumo. O território nacional não determina a

¹⁰ A dívida grega, de 323 bilhões de euros, ameaçava a segurança do mercado do euro. Na ocasião, o ministro das finanças alemão chegou a sugerir suspensão das eleições na Grécia. Chegou-se a afirmar, nesse contexto, que a “democracia grega seria um obstáculo” e que talvez fosse “incompatível com a globalização”. Um partido de esquerda sagrou-se vencedor com um discurso de defesa da soberania e da democracia nacionais e convocou plebiscito, que resultou favorável à moratória. Após um colapso do sistema financeiro grego, contudo, o primeiro ministro voltou atrás e adotou severas medidas de austeridade fiscal.

vinculação do sujeito ao trabalho ou ao consumo, de modo que a identidade perde significação territorial. Há uma crise da identidade legitimadora da sociedade civil (CASTELLS, 1999a, p. 24-28). A identidade passa a ser perseguida a partir de vínculos sentimentais derivados de raízes étnico-racial ou linguística. Ao mesmo tempo, a relação com as instituições constituídas se define, cada vez mais, em termos econômicos. Alteram-se as fontes de informação que alimentam narrativas legitimatórias. A relativa independência da mídia em relação ao Estado e a capacidade de aglutinação da opinião pública deslocam a fonte do poder legitimatório para conglomerados empresariais (GARCIA, 2018, p. 243).

Desvinculado de um sentimento de civilidade política, o indivíduo deixa de se sentir membro da *civitas*. O Estado importa-lhe apenas na medida em que pode fornecer uma prestação. As promessas legitimatórias de democracia, de contenção do arbítrio, de promoção de políticas programáticas de emprego, saúde e melhores condições de vida, próprias do Estado-providência, são vistas como *inviáveis*. As prestações de que o Estado dispõe, na sociedade informacional, são duas: *segurança física e econômica*.

A formação de identidades em âmbitos associativos locais, desvinculada do Estado, gera concorrência ao direito estatal, inclusive no que tange ao monopólio do uso legítimo da força. Abre-se espaço para formação de vínculos associativos desagregadores, de que são expoentes as organizações criminosas, sejam facções ou organizações terroristas. Há uma desestruturação das condições simbólicas de justificação do direito estatal que se afasta do tipo de dominação racional-legal. O fortalecimento do crime organizado no Brasil, sob a forma de associações políticas organizadas em torno de um discurso legitimatório próprio e de uma estrutura coercitiva organizada, representa o sintoma mais preocupante para a ordem jurídica nacional, pois indica a “incapacidade do Estado brasileiro em manter – ou adquirir – o monopólio da violência física legítima” (DIAS, 2013, p. 439).

O surgimento e o crescimento do Primeiro Comando da Capital contaram com forte recurso à legitimação do grupo perante os presidiários, em reação às condições carcerárias precárias e à chacina do Carandiru (ÁLVAREZ; SALLA; DIAS, 2013). Sua condição estrutural se transformou, contudo, a partir da consolidação de uma crença simbólica na vigência efetiva da ordem do “Comando”, derivada de uma estrutura hierarquizada complexa, combinada com um discurso legitimatório que se alimenta da formação de uma identidade grupal. Em parte, o discurso político do PCC alimenta-se de um discurso contra o

Estado e se apropria de um vácuo legitimatório que conquista adesão de uma camada jovem de vida precarizada. Por uma miríade de fatores, esse poder se institucionalizou e ganhou dimensão hegemônica dentro dos presídios, com repercussão em segmentos sociais situados fora das unidades prisionais, por meio, inclusive, da imposição de uma paz arbitrariamente sustentada com o recurso à violência que, todavia, é aceita ante o vácuo de relações associativas agregadoras (DIAS, 2013, p. 421-440). Esse processo é acompanhado da formação de uma identidade de grupo, conforme mostra Araújo (2016, p. 59 e 61)¹¹.

Isso significa que o vácuo legitimatório do Estado favorece o crescimento de formas associativas concorrentes. Por outro lado, justamente essa condição de ameaça é apropriada e se convola no sustento cultural de um Estado que depende da demonstração de sua potência como ordem para se legitimar.

Há uma modificação na condição estrutural de legitimação da dominação estatal. O Estado, unidade política vinculada à democracia participativa, deixa de ser o centro decisório fundamental, para se convolar em um dos grandes atores políticos, dentre outros. No Estado de competição shumpeteriano, a adaptação à racionalidade econômica e à globalização são tidos como inevitáveis, a ponto de se admitir a flexibilização de sua capacidade decisória em determinadas searas (*soft law*). Esse é o primeiro vetor de legitimação: a crença na inevitabilidade dos processos evolutivos econômicos. Ao mesmo tempo, uma narrativa que combina o risco real do incremento da criminalidade com o reforço cultural da ameaça legitima o recrudescimento da resposta estatal em contraposição às garantias individuais de natureza liberal. O Estado administra a insegurança como recurso suasório de dominação (RANCIÈRE, 2003).

A estrutura de legitimação do Estado contemporâneo sofre, pois, um deslocamento. Ela abandona tanto a justificação lastreada em deveres de não intervenção estatal, como a perseguição de resultados politicamente predeterminados, como no caso do Estado-providência, para se orientar pela tutela de demandas pragmáticas de natureza econômica, combatendo ameaças, reais e imaginárias, à ordem social instituída. A crise de legitimação do Estado moderno é compensada então com o fortalecimento de sua dimensão repressiva, em que a ruptura da ideia de contrato social dá lugar a uma dimensão totalitária, nominada por Santos como fascista (2010, p. 288 e 333-337).

¹¹ Esse fenômeno, por seu turno, é mundial (CASTELLS, 1999a, p. 303-305).

Noutros termos, o Estado, ameaçado pelo risco de desagregação inerente à crise de legitimidade, reforça a disseminação da crença na vigência empírica de sua força como meio de manter a coesão social. Reforça-se a *Gewalt*, para compensar o déficit legitimatório político.

Assim, refinam-se mecanismos de vigília e subtraem-se garantias individuais caras ao liberalismo, tais como a tutela da intimidade, do sigilo telefônico e das comunicações epistolares. Exemplificadamente, ao final da administração Obama, em 2010, as agências de inteligência estadunidenses não sabiam sequer o tamanho do aparato destinado ao combate ao terrorismo (PASQUALE, 2015, p. 13). Desde o evento de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, são autorizadas interceptações telefônicas independentemente de ordem judicial¹².

A nova estrutura de dominação tem lastro cultural no *medo* e na *desesperança*, de um lado, e na possibilidade de adaptação às necessidades econômicas, de outro. Não por acaso, Günther observa que os aparatos de segurança passam a seguir, em alguma medida, uma lógica de mercado (2009, p. 12-16). Se antes as condições legitimatórias da dominação tinham natureza preponderantemente políticas, agora a legitimação vincula-se aos resultados econômicos que a política e o direito podem oferecer. A ordem jurídica passa, então, a servir à política apenas na medida em que tem condições de assegurar à economia previsibilidade e segurança jurídicas do ponto de vista contratual, de um lado, e proteção contra os riscos desagregadores da ordem social de outro. Como consequência, legitima-se um direito penal de resultados, consequencialista e simbólico, em expansão porque destinado a exibir a força do Estado.

Nesse contexto se insere, como resultado da crise do Estado de bem-estar social, a emergência de um consenso sobre as virtudes do direito penal como instrumento de proteção dos cidadãos. Em uma sociedade de risco, o surgimento de novas formas de criminalidade, desvinculadas do território e organizadas em ambientes virtuais ou transnacionais, combinado com a instrumentalização da insegurança como meio de sustentação da dominação política, favoreceu o fortalecimento de uma sensação subjetiva de insegurança que não necessariamente corresponde ao nível objetivo de risco. A partir de então, a segurança convola-se em prestação estatal fundamental e a liberdade de ação identifica-se, perigosamente, com a liberdade de não padecer (SÁNCHEZ, 2002, p. 44).

¹² Nesse sentido, ver a discussão no Senado norte-americano a respeito do Terrorism Surveillance Act, de 2006 (Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/109th-congress/senate-bill/2455/text>>. Acesso em: 10 jul. 2018).

Evidentemente, as transformações tecnológicas, culturais e sociais, que marcam a globalização, repercutiram a) nas formas de manifestação de criminalidade; b) nas condições de apresentação da resposta jurídica penal; e c) nas estruturas de legitimação do direito em relação a este fenômeno.

A evolução das formas de criminalidade organizada, entremeada em instâncias legais, por meio de avançadas estratégias de lavagem de capitais e de inserção em condições parasitárias ou até simbióticas às políticas ou economias nacionais e regionais, constitui o necessário ponto de partida para a reflexão. Evoluindo para formas reticulares de organização das estruturas criminosas (CASTELLS, 1999b, p. 216-217), as associações criminosas penetram nos meios institucionais através de corrupção e por todo o planeta alimentam a economia formal e informal. A lavagem de dinheiro e seus derivados se tornam “um componente significativo e bastante problemático dos mercados de ações e fluxos financeiros globais” (CASTELLS, 1999b, p. 239), com condição de desestabilizar finanças e mercados de capitais internacionais.

Do ponto de vista jurídico-penal, a emergência dessas formas criminosas produz uma perda de referências, com dificuldades processuais inerentes à aplicação dos instrumentos clássicos de persecução penal. Há problemas também em relação à definição da autoria e da materialidade delitivas quanto à informação sobre o tempo-espço do crime, pelo que se vislumbra, por vezes, a “impenetrabilidade total dos conceitos clássicos aos novos tempos ou, em sentido diametralmente oposto, mas, de forma não menos desconcertante, a sua hipervolatilidade que não permite sequer a veleidade de os dominar nem que seja por um momento” (COSTA, 2003, p. 188).

O direito penal, premido pela necessidade de dar conta de uma realidade arriscada e complexa e tendo de oferecer a prestação legítima desse novo Estado enxuto, passa a perseguir a redução do risco a todo custo, o que se observa pelo incremento das tipificações de perigo abstrato. Observa-se uma tendência à “transformação do *Unglück* (acidente fortuito, desgraça) em *Unrecht* (injusto)” (SÁNCHEZ, 2002, p. 45). Se o Direito Penal do garantismo se dirigia à limitação efetiva do arbítrio do poder político, a tendência expansionista converte-se em instrumento de defesa da vítima, que, assustada pela expansão da criminalidade organizada, revoltada com a criminalidade empresarial e com a propalada disseminação da corrupção, passa a ser a instância legítima de um Estado acuado pelas ameaças derivadas da concorrência com outras instâncias associativas.

O direito penal vivencia, pois, uma bipolaridade estrutural problemática, já que opera com estruturas argumentativas que se organizam em torno de racionalidades distintas e contraditórias entre si. A racionalidade do direito penal garantista é formal, autorreferente, pois tem lastro em um direito cuja lógica gira em torno de princípios positivados: garantismo, reserva legal, taxatividade, *in dubio pro reo*, ou seja, em uma racionalidade *teoricamente concebida* a partir de sua *função legitimatória de Estado*. A racionalidade do direito penal da modernidade tardia, contrariamente, é material, comprometida com resultados ainda que simbólicos, que denotam a força do Estado e sugerem a ilusão de uma prevenção geral em um mundo dominado pelo medo (WERMUTH, 2011, p. 92).

Embora a tensão entre formas de racionalidade distintas seja inerente ao direito e às condições de legitimação da ordem jurídica, o grau de divergência entre os vetores argumentativos, que direcionam o fluxo comunicacional no direito penal, conduz a uma deslegitimação do direito penal em torno de suas próprias referências. Em uma linguagem própria da Teoria dos Sistemas, há severo risco de indiferenciação sistêmica.

O problema vem sendo objeto de preocupação de penalistas.

Hassemer propõe um direito de intervenção intermediário entre o direito penal e o direito público, com pretensões menos severas em relação às garantias materiais e processuais e sanções proporcionalmente menos intensas; Sánches, também entendendo ser inviável o retorno ao “Direito Penal liberal” – que, de resto, nunca existiu como tal –, afirma a impossibilidade de tratar o direito penal a partir de uma unidade principiológica. Em sua argumentação, o direito penal contém dois grandes blocos de ilícitos, aqueles a que se comina pena prisional e os que se vinculam a outro gênero de sanções (2002, p. 177-189). Essa distinção poderia dar azo a um direito penal de “duas velocidades”, em que se estabeleceria um sistema de garantias qualificadas para a imputação de penas privativas de liberdade, ao lado de um sistema com garantias flexibilizadas, para dar conta às demandas de imputação e responsabilização abrangentes, próprias dos contemporâneos ilícitos transnacionais, notadamente econômicos. Ainda, para dar resposta às situações de agudas agressões à ordem jurídica, Sánches admite a possibilidade restrita de um direito penal em que a privação da liberdade admitiria observância de regras de imputação e processuais “menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade”, “em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado” (2002, p. 193-194). Esse direito penal de “terceira velocidade” seria a resposta de Sánches àquilo que Jakobs

tratou como direito penal do inimigo. Jakobs defende que o crime pode significar tanto o desvio de um cidadão que, como tal, se sujeita ao Estado de direito e às suas garantias formais e materiais, como *prática destinada à destruição do próprio ordenamento jurídico*, caso em que o Estado estaria autorizado a reagir contra o “inimigo”, utilizando-se de meios coativos mais severos (2007, p. 42). As garantias individuais do acusado poderiam ser mitigadas face ao risco que as próprias garantias poderiam representar ao Estado de direito (JAKOBS, 2009, p. 33-34).

Em comum a essas análises, vê-se a tentativa de conferir um aporte teórico racional a tendências díspares do direito penal, que, em última análise, legitima-se, em sua vertente “flexibilizada”, pelo resultado da violência aplicada.

Essa bipolaridade traz insegurança e atinge a forma pela qual se orientam as decisões judiciais. O julgamento em 2016 acerca da possibilidade de execução antecipada da pena e da revisão do conteúdo semântico do princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal ilustra essa dificuldade. Revendo posicionamento anterior (STF, HC 84.078, rel. Min. Eros Grau), o Supremo Tribunal Federal passou a admitir, em 2016, execução da sentença penal condenatória quando pendentes recursos sem efeito suspensivo, sem que houvesse ofensa à presunção de inocência (STF, HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 17.2.2016). Da análise do voto da maioria, extrai-se uma gama de argumentos lastreados na necessidade de conferir uma resposta estatal à impunidade. O ministro Luiz Fux citou a Declaração Universal de Direitos Humanos para argumentar que a garantia se restringia à necessidade de prova da culpabilidade; o ministro Barroso mencionou tratar-se de hipótese de *mutação constitucional*, argumentando que a execução da pena após o trânsito em julgado teria incrementado a seletividade do direito penal, aumentado o uso protelatório de recursos e favorecido o descrédito do direito penal; os ministros Gilmar Mendes e Carmen Lúcia citaram casos graves de homicídio, emblemáticos, como o caso do jornalista Pimenta Neves. É nítida a contraposição de argumentos sensíveis à realidade e, portanto, heterorreferentes, com argumentos de princípio, utilizados nos votos vencidos dos ministros Lewandovski, Celso de Mello, Rosa Weber e Marco Aurélio de Mello.

O risco derivado dessa irracionalidade é a permeabilidade da esfera jurídica a pressões que, do ponto de vista sistêmico, teriam de estar afastadas do âmbito de análise jurisdicional, sob pena de comprometimento da imparcialidade. No julgamento de *Habeas Corpus 152.752/PR* (STF, HC 152.752/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 4.4.2018), impetrado

em favor do ex-presidente Lula, o ministro Gilmar Mendes sustentou a necessidade de revisão de seu posicionamento. Na ocasião, ele declarou consternação com a pressão exercida pela mídia contra sua pessoa, em nítido incômodo com uma situação de superexposição em mídia nacional. Esse incômodo traduz a porosidade da esfera jurídica às pressões da mídia, a comprometer sua *legalidade própria*, no sentido weberiano do termo. Embora a transparência do processo decisório tenha um evidente aspecto político positivo de *accountability*, do ponto de vista sistêmico essa porosidade excessiva carrega consigo um risco grave indiferenciação funcional, a partir do que o direito pode deixar de operar por suas próprias referências. Dito de outro modo, quando o direito penal passa a se orientar por uma perspectiva consequencialista para se legitimar, fatores exógenos, como o reflexo da decisão perante a opinião pública, ganham relevo e podem se sobrepor à intenção de identificação do “sentido da norma”, no processo hermenêutico. Se o resultado importa mais do que princípios, surge a questão sobre qual o espectro de resultados que deve ser levado em consideração pelo operador do direito.

Essa indefinição não é um problema exclusivo do direito penal. Recentemente, a Lei 13.655/18 introduziu preceito na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro a impedir que se decida com base em “valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (art. 20). Não são esclarecidas, contudo, *quais consequências práticas orientam esse decidir*. No caso do direito penal, essa indefinição atinge pilares fundamentais na estruturação teórica de suas bases legitimantes, já que a orientação pragmática conflita com a previsibilidade inerente ao sistema de garantias processuais e repercute na definição do conteúdo semântico de determinados postulados constitucionais consagrados, tais como o *devido processo legal* em sua acepção substancial, o princípio da preservação do estado de inocência e a tutela das garantias constitucionais individuais de privacidade/intimidade, mitigadas para viabilizar a aceitação de procedimentos investigatórios e de vigília destinados a dar cabo da missão preventiva geral do novo direito penal. A operação Lava-Jato ilustra essa tensão, a partir do questionamento acerca da validade de determinados atos processuais, tais como o cumprimento de mandados de busca com determinação de colheita imediata do depoimento do investigado, sob pena de condução coercitiva, ou, ainda, a determinação em profusão de prisões provisórias, instrumento de pressão para adesão a colaborações premiadas¹³. O reconhe-

¹³ O Ministério Público Federal admitiu essa possibilidade, em parecer exarado nos autos do HC nº 5029050-46.2014.404.0000, impetrado no âmbito da operação Lava-Jato (disponível em: <<https://>

cimento da validade das operações ou da violação de garantias coloca em risco a estabilidade das condenações promovidas em primeiro grau e levanta suspeitas sobre a idoneidade dos membros dos Tribunais, em um processo de deslegitimação perigoso. No caso das conduções coercitivas, o STF, no julgamento da ADPF 395, por seis votos a cinco, reconheceu a inconstitucionalidade da medida, mas declarou a validade dos atos praticados até então¹⁴. No âmbito das colaborações premiadas, lacunas legislativas e a intenção de conferir eficácia ao instituto fizeram com que fossem firmados acordos com previsão de benefícios não previstos em lei, homologados pelos Tribunais em resposta a uma pressão social deletéria sob o ponto de vista do devido processo legal substancial¹⁵.

A falta de elementos que definem uma racionalidade própria do domínio do direito penal impede que as questões submetidas a julgamento sejam avaliadas por critérios internos ao direito, o que o torna vulnerável a opiniões de toda sorte. Enquanto isso, a ânsia responsiva do legislador penal favorece o surgimento de tipos penais mais abertos e menos comprometidos com a adequação técnica, sintoma da dificuldade de conciliar uma perspectiva garantista com a intenção responsiva de um direito penal que se pretende conformador da realidade. Mais que isso, admite-se formas flexíveis na condução da investigação e da persecução penal, com riscos severos à manutenção do núcleo semântico das garantias constitucionais de liberdade, sem que resulte disso uma eficiência em termos retributivos, como observa Araújo em sua análise crítica sobre a Lei 12.830/13 (2016, p. 88-89).

A adoção de um direito penal de resultados atende a uma demanda legitimatória consequencialista, mas não resolve o problema de coerência sistêmica que garante ao direito sua diferenciação como

www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>, acesso em: 17 set. 2018). Teoricamente, contudo, isso suscita argumentos contrários à validação desses acordos, como observa Badaró (2015).

¹⁴ Ver: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4962368>>, acesso em 15 set. 2018. Não houve, ainda, publicação do acórdão, mas da análise da decisão monocrática do relator, ministro Gilmar Mendes, vê-se o reconhecimento da condução coercitiva como prática recorrente. Apenas na operação Lava-Jato, segundo o relator, foram realizadas 222 conduções coercitivas dessa maneira.

¹⁵ Nas palavras de Rosa, o Judiciário é colocado “contra a parede”, pressionado a homologar colaborações firmadas em desconhecimento da lei (apud CONGRESSO NACIONAL, 2017, p. 150). Ao mencionar acordos dissociados da lei, refiro-me às conclusões de Bottino ao analisar as colaborações firmadas entre o Ministério Público Federal e os investigados Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef e Pedro José Barusco Filho, destacando os seguintes benefícios não previstos em lei: fixação de prazo máximo de prisão, independentemente das penas cominadas em sentença; limitação do tempo de prisão cautelar a 30 dias; cumprimento em regime aberto; garantia de liberação de imóveis em favor de parentes, sem perquirir sobre ser o bem produto de crime; preservação de bens destinados ao pagamento de multa compensatória (quatro imóveis e um terreno). (BOTTINO, 2016).

domínio cultural. Em alguma medida, isso deriva do fato de que a racionalidade material consequencialista apresenta dificuldades de harmonização com postulados normativos, de natureza contrafática, porque introduz assimetrias na retórica jurídica, uma vez que a expectativa do resultado pode servir a diferentes ordens de valores. Uma decisão pode ser ótima do ponto de vista econômico-liberal e péssima do ponto de vista social-distributivo. A CF/88 adotou, como visto, um programa nitidamente garantista, legitimando-se a partir de uma proposta de Estado democrático em oposição ao arbítrio e à interferência estatal na esfera de liberdade juridicamente delimitada. Por isso, a adoção da perspectiva expansionista enfrenta dificuldades para se firmar como discurso hegemônico no domínio jurídico. Há, contudo, uma demanda de legitimação do Estado contemporâneo que se orienta por resultados e tem viabilizado a flexibilização dessas garantias. A tendência expansionista do direito penal, portanto, traz consigo um conflito não resolvido. O direito penal persegue punição ao mesmo tempo em que argumenta defender garantias liberais. O reconhecimento do direito penal como um ramo científico, dotado de uma racionalidade própria, depende de um trabalho de sistematização complexo, a ser empreendido por teóricos que se proponham a definir qual o vetor preponderante do sistema, a garantia da liberdade ou a securitização contra o perigo. Do contrário, passados trinta anos, as garantias individuais da CF/88 carecerão de elã institucional e o direito penal poderá ser identificado como domínio do arbítrio de intérpretes de ocasião.

Bibliografia

- ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; DIAS, Camila Nunes. Das comissões de solidariedade ao Primeiro Comando da Capital em São Paulo. *Tempo Social*, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 61-82, jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100004&lng=en&nrm=>>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. *Imputação de autoria e participação em organizações criminosas*. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- BADARÓ, Gustavo. *Quem está preso pode delatar?* Ainda sobre a delação premiada e o requisito da voluntariedade. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>>. Acesso em: 17 set. 2018.
- BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a justiça conte*: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil. Relatório n. 32789-BR,

de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em: 14 set 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava-Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 122, ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.14.PDF>. Acesso em: 17 set. 2018.

CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999a. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 2).

_____. *Fim de milênio*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Ronei de Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999b. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 3).

COHN, Gabriel. Weber, *Frankfurt*: teoria e pensamento social 1. Rio de Janeiro: Azougue, 2017.

CONGRESSO NACIONAL. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades envolvendo as empresas JBS e J&F em operações realizadas com o BNDES e BNDES-PAR ocorridas entre os anos de 2007 e 2016, que geraram prejuízos ao interesse público; investigar os procedimentos do acordo de colaboração premiada celebrado entre o Ministério Público Federal e os acionistas das empresas JBS e J&F. *Relatório final*. Brasília, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2017/12/Relato%CC%81rio-Final-CPI-da-JBS.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

COSTA, José de Faria. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: *Globalização e direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 181-190. (Stvdia Ivridica 73, Colloquia 12). (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra).

DIAS, Camila Nunes Caldeira. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, José Eduardo. publicada. Lida em manuscrito. São Paulo: Sarai-va, 2017.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. *Max Weber e a ideia da racionalidade do direito*: fundamentos para uma leitura contemporânea. 2018. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

GÜNTHER, Klaus. *Os cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança*. Tradução de Pedro Maia. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 83, p. 11-25, mar. 2009.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fev.-mar. 2003.

_____. *Direito penal, defesa penal e Constituição*. Lusíada, Lisboa, n. 4/5, p. 519-526, 2007. Disponível em: <http://dSPACE.lis.ulsiada.pt/bitstream/11067/1214/1/LD_n4-5_28.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21-50.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

_____. *Terroristas como pessoas no direito?* Tradução de Luciano Gatti. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 83, p. 33-34, mar. 2009.

JESSOP, Bob. *Narrating the future of the national economy and the national state?: remarks on remapping regulation and reinventing governance*. Lancaster, UK: Department of Sociology, Lancaster University, 2003. Disponível em: <<http://www.lancaster.ac.uk/fass/resources/sociology-online-papers/papers/jessop-narrating-the-future.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

LADEUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and the evolution of general administrative law*. Hamburg: University of Hamburg, 2010. Disponível em: <https://works.bepress.com/karlheinz_ladeur/1/>. Acesso em: 10 jul. 2018.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Sarai-va, 2018. p. 40-51.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

NOBRE, Marcos. Da “formação” às “redes”: filosofia e cultura depois da modernização. *Cadernos de Filosofia Alemã: crítica e modernidade*, São Paulo, Departamento de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, n. 19, p. 13-36, jan.-jun. 2012.

PASQUALE, Frank. *The black box society: the secrets algorithms that controls money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

RANCIÈRE, Jacques. O princípio da insegurança. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 set. 2003. Caderno Mais. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2109200303.htm>>. Acesso em: 17 set. 2018.

RODRIGUEZ, Raúl Carnevali. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et praxis*, Talca, v. 14, n. 1, p. 13-48, 2008. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 4 jul. 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. da 2ª edição espanhola por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCHÍS, Luís Prieto. Constitucionalismo e garantismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Coord.). *20 anos da Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377-394.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Ivanaldo. *Da gênese à crise do Estado de bem-estar*. Cronos, Natal, v. 5/6, n. 1/2, p. 289-308, jan.-dez. 2004/2005.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *As razões da desordem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

WACQUANT, Loïc. A tempestade global da lei e ordem: sobre punição e neoliberalismo. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 20, n. 41, p. 7-20, fev. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

WEBER, Max. *Escritos políticos*. Editado por Peter Lassman, Ronald Speirs. Tradução de Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.