VOLUME 4

Alexandre Morais da Rosa
Julio Cesar Marcellino Junior

O PROCESSO EFICIENTE NA LÓGICA ECONÔMICA: DESENVOLVIMENTO, ACELERAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

UNIVALI FAPESC

2012

ISBN 978-85-7696-097-3

Reitor
Prof. Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora
Profª. Drª. Amândia Maria de Borba

Procurador Geral
Vilson Sandrini Filho, MSc.

Secretário Executivo
Prof. Mércio Jacobsen, MSc.

Pró-Reitora de Ensino
Profª. Drª. Cássia Ferri

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação, Extensão e Cultura
Prof. Dr. Valdir Cechinel Filho

Autores
Alexandre Morais da Rosa
Julio Cesar Marcellino Junior

Revisão
Aline Gostinski

Projeto Gráfico
Leonardo Silva Lima

Diagramação
Aline Gostinski

Comitê Editorial E-books/PPCJ
Presidente
Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo
Alexandre Zarske de Mello

Membro
José Everton da Silva
Membro
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Membro
Clóvis Demarchi
Membro
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Coleção Osvaldo Ferreira de Melo
Conselho Editorial:
Alexandre Morais da Rosa
André Lipp Binto Basto Lupi
Antonio Gomes Moreira Maués
Cláudia Rosane Roesler
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Josemar Sidinei Soares
Josep Aguiló Regla
Lenio Luiz Streck
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Mario Ferreira Monte
Martônio Mont'Alverne Barreto Lima
Paulo Márcio Cruz
Vicente de Paulo Barreto

Créditos
Este e-book foi possível por conta do Projeto CNJ ACADÊMICO/CAPES/PPCJ, à Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Endereço
Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202, Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427, Telefone: (47) 3341-7880

R71 Rosa, Alexandre Morais da
O processo eficiente na lógica econômica [recurso eletrônico] : desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais / Alexandre Morais da Rosa : Julio Cesar Marcellino Junior . - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI ; [S.l.] : FAPESC, 2012. – (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo ; 4).

Livro eletrônico.
Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>
Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-097-3 (e-book)

1. Economia- desenvolvimento. 2. Economia – política. I. Marcellino Junior, Julio Cesar. III. Título.

CDU: 330.34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

Alexandre Morais da Rosa

Julio Cesar Marcellino Junior

O PROCESSO EFICIENTE NA LÓGICA ECONOMICA: DESENVOLVIMENTO, ACELERAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

ITAJAÍ

2012

UNIVALI

Os Autores

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Universidade de Coimbra e Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Adjunto na Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Juiz de Direito (TJSC).
E-mail: alexandremoraisdarosa@gmail.com

Julio Cesar Marcellino Junior

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC). Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Integrante do Grupo de Pequisa (CNPQ) Direito e Psicanálise do PPGD da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor das Disciplinas de Direito Constitucional junto à Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL (SC). Membro da Comissão da Advocacia Pública Estadual da OAB/SC. Advogado.

Esse trabalho é uma publicação do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da UNIVALI em parceria com a Editora da UNIVALI e está inserido no projeto "A função do humanismo na construção de um direito transnacional", apoiado pela FAPESC, sob a coordenação dos Professores Doutores Josemar Sidinei Soares e Alexandre Morais da Rosa.

Somos gratos aos amigos, profissionais, professores e alunos que participaram conosco da produção, em especial, Aline Gostinski, Paulo Márcio Cruz, Jaqueline Quintero, Alexandre Mello.

Bem assim aos familiares: Ivana, Bruno, Ana Luisa, Artur, Felipe e Sofia.

Sumário

Apresentação..... 7

O Processo Eficiente na Lógica Economica: Desenvolvimento, Aceleração e Direitos Fundamentais.....14

O que resta do Esado Nacional em face da Invasão do Discurso da Law And Economics.....33

Por Uma (Re) Leitura do Sistema de Controle Social..... 54

A Doutrina do Choque e suas Implicações para as Relações Contenporaneas entre Economia e Política.....68

Neoliberalismo Globalizado e Sistema de Justiça.....88

Apresentação

O processo eficiente na lógica econômica é o resultado de pesquisas compartilhadas por Júlio César Marcellino Junior e Alexandre Morais da Rosa, os quais trabalham em conjunto, na pesquisa acadêmica, desde o ano de 2006. Nesse percurso teórico se agregaram novas leituras, revisão de opiniões e pluralidade de perspectivas, talvez em paralaxe (Zizek), as quais resultaram na produção de textos esparsos. No caso desse livro, na forma de balanço da produção compartilhada, são expostos os fundamentos não ditos do modelo econômico neoliberal e suas diversas facetas no contexto contemporâneo. Assim é que os textos dialogam sobre as reformas do processo, controle social, novas tecnologias, tudo na perspectiva do custo benefício e da aceleração. Além disso, promove a possibilidade crítica do leitor.

O PROCESSO EFICIENTE NA LÓGICA ECONÔMICA: DESENVOLVIMENTO, ACELERAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexandre Morais da Rosa
Julio Cesar Marcellino Junior

Introdução

A partir de oito de novembro deste ano houve o seminário *As Instituições Financeiras Internacionais no Mundo Pós-Crise – Desafios Legais e Oportunidades*, em Washington, promovido pelo Banco Mundial, que faz parte da edição 2010 da *Semana de Direito, Justiça e Desenvolvimento*. Segundo aquela instituição financeira, o Brasil "*empreendeu uma 'agressiva e bem sucedida' reforma judicial' a partir de 2005*", dando-se destaque ao gerenciamento administrativo das Cortes e à digitalização dos processos judiciais. De acordo com o relatório produzido pelo Banco Mundial, tais medidas adotadas "*contribuíram substancialmente para a melhoria da cidadania, do ambiente para investimentos e para a redução da pobreza*".[1]

A notícia, de modo geral, poderia passar de modo despercebido pelo meio jurídico, contando com a desatenção de muitos. Ou ainda, poderia atrair a atenção daqueles que entendem como 'símbolo de desenvolvimento' as medidas e providências tomadas pelo Judiciário brasileiro, firmando seu alinhamento com o modelo reformista pregado por instituições financeiras como o Banco Mundial.

Independentemente do *lugar* a partir do qual se lê a notícia, o importante é concluir que tal informação não pode passar sem uma reflexão mais detida. Afinal de contas, necessário entender exatamente em que nível e em quais condições se dá a relação institucional entre o Poder Judiciário Brasileiro e o Banco Mundial. Fundamental saber o que cada qual representa reciprocamente, e quais as razões que motivam aquela instituição financeira a "pensar" o Judiciário Brasileiro em evento de tamanha importância. Uma resposta quase evidente estaria ligada ao significante '*desenvolvimento*'. E mesmo que seja a partir deste conceito, é preciso compreender mais precisamente de que *tipo de desenvolvimento* está se tratando, e

[1] Extraído do site do Superior Tribunal de Justiça – STJ, www.stj.jus.br. Sala de Notícias de 07/11/2010.

se há o encontro e a convergência entre o discurso oficial e, bem como, a prática concreta num país de realidade periférica como o Brasil.

O pano de fundo deste fato, não há como fugir, é o intrigante fenômeno de aproximação entre direito e economia, que avança desde a segunda metade do século sob a tutela e diretriz do modelo neoliberal globalizado que lhe dá sentido e direção. Claro que a relação entre o direito e economia não se inaugura na contemporaneidade - e Sen[2] já demonstrou que ela é muito mais antiga do que a passagem moderna que revela o imbricamento entre liberalismo econômico e Estado de Direito. Mas o que se tem visto nos últimos tempos não possui precedentes na história. Pode sim ser tratado como fenômeno próprio e novo, dadas as suas características, seu potencial e alcance em sociedade.

No contexto atual, o cruzamento entre direito e economia tem se dado num patamar de completo desequilíbrio, com manifesta ascendência do econômico sobre o jurídico, e com a prevalência da figura do mercado como referência paradigmática. A globalização[3] dá face de *via única* ao discurso e praticamente oculta - ou inviabiliza, pelo menos por hora -, qualquer tipo de contraponto discursivo que possa fazer frente a essa lógica. E aqui, de não se olvidar, o *consumo* ocupa papel central para que o mercado se torne um mito praticamente inquestionável.

Marcas fundantes desta fase, sem sombra de dúvida, são a *ação eficiente* e a *aceleração*, sempre aliadas, é claro, à tecnologia. Surgem, e assim são apresentados pela mídia, como panacéias aos problemas contemporâneos. Vigem como soluções pragmáticas necessárias e indispensáveis para a relação humana, abrangendo não somente as relações mercantis, mas também as relações jurídicas, sociais, e familiares. A eficiência se tornou um parâmetro ético – instrumental – vinculador que indica o caminho a ser seguido. E, nesta lógica, o *processo judicial* se tornou alvo privilegiado, eis que representa o centro de sustentação do monopólio jurisdicional.

Por essa razão é que o processo civil tem sido objeto de uma quase *obsessão reformista* que avança pela via do abreviamento procedimental, pela assimilação tecnológica operacional, e, pela *consificação* do sujeito-juiz, não raro, implicando em afronta a mandamentos constitucionais, os mais comezinhos. É que o Judiciário, a partir da Constituição da República – Carta que procurou, bom lembrar,

---

[2] SEN, Amartya. Sobre Ética e Economia. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

[3] Preferível falar em neoliberalismo globalizado, sem desconhecer a complexidade do fenômeno e das discussões semânticas quanto a nomenclatura dada.

fortalecer direitos sociais e forjou a figura de um *poder-garante* à magistratura -, passou a ser visto como obstáculo, como empecilho à segurança contratual diante da imprevisibilidade das decisões judiciais. A independência e autonomia decisional dos magistrados tornou-se um problema ao "*ambiente de investimentos*". Não por acaso percebe-se o fortalecimento de Cortes superiores com instrumentais cada vez mais vinculantes e ascendentes sobre a base do Judiciário, tais como súmulas e repercussão geral, limitando a atuação dos magistrados de primeiro grau. Tudo sempre justificado e em nome de uma velocidade que é, de regra, associada é "eficiência do processo".

A teoria da Análise Econômica do Direito[4], bem retrata esse *fazer-crer*[5]. Em realidade, há de se reconhecer, constitui o que há de mais sofisticado atualmente no pensamento neoliberal, especialmente quando se considera as relações entre direito e economia. A partir desta concepção, as normas do direito civil são erigidas ao *status* de normas constitucionais, os direitos fundamentais são re-classificados como patrimoniais, e o juiz deixa de ser visto como *agente-garante* para assumir a condição de *Eichman*[6] a serviço do mercado e da lógica da melhor alocação de riquezas. Por este caminho, a relação direito-economia se dá numa perspectiva instrumental, que desconsidera por completo a autonomia do jurídico.

Compreender este intrigante fenômeno é o desafio que se coloca neste escrito. O tema é complexo e com variadas possibilidades de resposta. Sabe-se, importante registrar desde já, que várias fontes do saber precisariam ser revisitadas à exaustão para dar conta da questão. Precisar-se-ia aqui de abordagens específicas sobre hermenêutica[7], filosofia, sociologia e psicologia, para avançar, sempre parcialmente, na análise do problema. Pelas limitações do texto, isso não

---

[4] MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a *Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 6th.ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

[5] No sentido dado por Pierre Legendre.

[6] A metáfora utilizada é de inspiração em Hannah Arendt. Eichmann foi um oficial nazista cujo julgamento foi acompanhado pela escritora. Percebeu-se que Eichmann era um sujeito alienado, cumpridor de ordens sem compromisso reflexivo com aquilo que estava fazendo. Por ser um obediente militar, cumprindo todas as ordens superiores que recebia - especialmente a de assassinar judeus -, julgava-se um homem correto, um homem de bem. Conferir: ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

[7] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; STEIN, Ernildo. Racionalidade e Existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Unijuí: Editora Unijuí, 2008; HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; RAMIRES, Maurício. Crítica à Aplicação de precedentes no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão Judicial e o conceito de princípio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; MOTTA, Francisco José Borges. Levando o Direito a sério: uma crítica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

será possível, ainda que implicitamente esteja presente no discurso dos autores e de suas fontes. O foco aqui será a análise a partir do *olhar* do econômico. Lugar este que se julga, pois, estratégico para tratar do tema proposto.

O Globalismo econômico e o Mercado como mito

O modelo político-econômico prevalecente é o chamado *neoliberal global*. Este movimento, que não é propriamente homogêneo em todas as partes do globo e que conta com a resistência parcial de alguns pontuais regimes políticos, consiste numa corrente de pensamento que surge no segundo pós-guerra, na Europa e Estados Unidos, onde predominava o capitalismo como sistema de organização social. Com o intuito de combater o Estado de bem-estar e o Keynesianismo[8], já bastante desgastado e rejeitado pelas classes dominantes de então, o neoliberalismo surge como uma *nova ortodoxia* de cunho econômico tendo como preceitos básicos a liberdade econômica, o individualismo e a contenção da intervenção estatal.

A gênese do pensamento neoliberal tem como marco doutrinário o texto *O Caminho da Servidão*[9], de Friedrich August Von Hayek, de 1944, que constituiu um verdadeiro manifesto contra os Estados totalitários e contra qualquer limitação estatal dos mecanismos de mercado. O conteúdo do texto consistia num forte ataque ao movimento dos trabalhadores, que representava um obstáculo ao sistema de acumulação. Logo após, em 1947, Hayek, convoca teóricos e estudiosos que comungavam de suas idéias para um encontro na estação de Mont Pèlerin, na Suíça, consolidando o primeiro grande movimento organizado da *Nova Direita*. Forma-se, então, a *Sociedade de Mont Pèlerin*, "*uma espécie de franco-maçonaria neoliberal, altamente dedicada e organizada, com reuniões internacionais a cada dois anos*"[10] e que funciona até os dias de hoje[11].

---

[8] Doutrina econômica que teve por base as idéias de John Maynard Keynes. Conferir: KEYNES, John Maynard. Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1983.

[9] HAYEK, Friedrich August Von. O Caminho da Servidão. Trad. e revis. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, e Liane de Morais Ribeiro. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

[10] ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In*: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 09-10.

[11] Vide www.themontpelerinsociety.com.

Nesta primeira fase do neoliberalismo teria ainda destaque, e ocorreria em paralelo à formação da Sociedade de Mont Pèlerin, a criação da chamada *Banca de Bretton Woods*. Em 1944, já antevendo a estratégica vitória bélica na Europa, os Estados Unidos mobilizaram 44 países para, em conferência em *New Hampshire*, transmitir as novas orientações e diretrizes político-econômicas, legitimando, assim, a criação, que ocorreria logo depois, do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. Essas instituições assumiriam papel de fundamental importância para a expansão planetária do neoliberalismo.

A segunda fase se consolida a partir das décadas de 1970 e 1980. Com a fragilização econômica decorrente da crise do modelo do Estado de bem-estar em 1973 (Crise do Petróleo) – que atingiu todo o mundo capitalista avançado e numa longa recessão combinou baixo crescimento com alta de inflação – a década de 1970 ofereceu terreno fértil ao avanço do pensamento neoliberal[12]. Ao longo dessa década o ideário neoconservador[13] foi ganhando mais e mais adeptos, até 'emplacar' em 1979 e 1980, respectivamente, Margareth Tatcher na Grã-Bretanha, e Ronald Reagan nos Estados Unidos. Estes chegaram ao poder imprimindo novo modo de governar, adotando políticas econômicas monetaristas que objetivaram combater a inflação através do equilíbrio orçamentário, privilegiando a liberdade de mercado, e contrapondo-se ao Estado de bem-estar que prevalecia na Europa.[14] É também nessa fase que ocorrem os denominados *Ajustes Estruturais* como política de mercado para os países latino americanos visando a implementação de *programas de condicionamentos* através dos quais se ofereciam recursos das agências financeiras internacionais exigindo, em contrapartida, reformas neoliberais nos países aderentes[15].

A terceira fase ocorre na década de 1990, marcado pela queda do muro de Berlim, e pelo movimento denominado *Consenso de Washington*[16], que radicalizou a política de condicionamento promovida pelas instituições financeiras internacionais.

---

[12] É nesse período (anos '70) que surge o país pioneiro do ciclo neoliberal da história contemporânea: o Chile. Sob a dura ditadura de Pinochet, e seguindo as orientações econômicas de Milton Friedman, o Chile pôs em prática a primeira experiência ocidental do modelo econômico neoliberal. ANDERSON, Balanço do neoliberalismo, *op.cit.,* p. 19-20.

[13] COMBLIN, José. O Neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século. 3.ed. Vozes: Petrópolis, 2001.

[14] De se lembrar também: em 1982 a ascenção de Khol na Alemanha, em 1983 a eleição de Schluter na Dinamarca, além de outros países que seguiram a onda de 'direitização' neoliberal. ANDERSON, Balanço do neoliberalismo, *op.cit.,* p.11-12.

[15] EZCURRA, Ana María. Qué es el Neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2002.

[16] WILLIAMSON, John. A economia aberta e a economia mundial: um texto de economia internacional. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

A partir de então, redefine-se que o neoliberalismo deveria, de vez por todas, alcançar nível planetário, carreado pela idéia de *via única*, forçando a derrubada de barreiras nacionais para o fluxo do mega-capital dos países centrais – leia-se, pois: privatizações e desregulamentação da economia. É nessa década que ocorre no Brasil a reforma gerencial de Estado promovida pelo governo Fernando Henrique Cardoso que implementa políticas privatizantes voltadas para a redução da máquina estatal[17].

A partir do final da década de 1990 e início dos anos 2000 inicia-se a atual fase do neoliberalismo global. Prevalece a especulação financeira, a degradação do trabalho, o aumento de investimento de recursos públicos e privados em segurança, e o mais alto nível de privatização do Estado, com a 'terceirização' do aparato de guerra[18] e com a vultosa e jamais vista transferência de recursos públicos para reduzir as externalidades do mercado, salvando bancos e grandes empresas. Aliás, é nesse período que o neoliberalismo, que sempre se alimentou de crises pontuais, enfrentou uma crise estrutural de proporções comparáveis somente com o *Crash* de 1930. Por ironia do destino, parte das teses neoliberais e seus defensores recuam e encontram no Estado a solução para os anos de exagerada ganância do setor bancário e imobiliário[19].

Perceba-se que neste modelo, o mercado é mitificado. Trata-se de uma ficção que exerce papel simbólico estratégico no imaginário coletivo[20]. No projeto de globalização deste modelo político-econômico, tal figura tornou-se fundamental para legitimar a racionalidade econômica. Atrelado ao significante *liberdade*, o mercado representa o ambiente onde os *homo oeconomicu's* se relacionam e interagem. Sempre movidos por uma razão que os conduzem a buscar e maximizar seus interesses, numa arena a-ética, guiados pelos meios. O que deve prevalecer, em realidade, é o intra-fluxo de *ordens espontâneas* carreadas pelo movimento incessante do capital especulativo. Este é o movimento que legitima, segundo os autores do neoliberalismo, as relações humanas. Legitima a vida, na idéia de que vencem aqueles mais preparados para lidar com as adversidades do ambiente.

---

[17] MARCELLINO JR., Julio Cesar. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Conceito, 2009.
[18] KLEIN, Naomi. A Doutrina do Choque: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
[19] SOROS, George. O novo paradigma para os mercados financeiros: a crise de crédito de 2008 e as suas implicações. Lisboa: Almedina, 2008.
[20] CASTORIADIS, Cornelius. A Instituição Imaginária da Sociedade. Trad. Guy Reynaud. 3.ed. Rio de Janeio: Paz e Terra, 1982.

Qualquer semelhança com o pensamento darwinista, não constitui mera coincidência. E basta ler Hayek para se convencer disso.

No Brasil, de se lembrar, da década de 90 até os dias de hoje o neoliberalismo se estabeleceu praticamente como via indiscutível. Mesmo com oito anos da administração Lula da Silva, e considerando os expressivos avanços na área social e na redução do quadro de pobreza, a política econômica tem se mantido fiel às diretrizes desenvolvimentistas traçadas pelo FMI já no governo do antecessor[21]. Por aqui, a Constituição da República, com toda sua carga compromissória e social chegou tardiamente. Previu um Estado Social para o Brasil quando já estava em curso o regime neoliberal. A premência de um Estado de Bem-Estar na Europa, arrasada por uma guerra de enormes proporções, impôs ao mundo um modelo constitucional marcado pelo projeto de concretização política da *Justiça Social Distributiva*. No entanto, no Brasil – assim como em praticamente toda a América Latina -, foi implementado um duro modelo *desenvolvimentista*[22], que impunha ao país o 'compromisso-dever' de buscar incessantemente o estágio de desenvolvimento dos países centrais, antes de gozar das benesses do tão almejado e necessário *bem-estar social*.

O reformismo processual e a influência do Banco Mundial: o Documento Técnico n.º 319

Nos últimos anos o processo civil foi objeto de sucessivas reformas. Desde a década de '90 o Código de Processo Civil tem sido alvo privilegiado do projeto reformista que sempre prometeu solução ao problema de inefetividade da jurisdição pátria. A Lei 9756/98 surgiu como exemplo de um período marcado pela reforma gerencial do Estado, perpetrada pela Emenda Constitucional n.º 019/98, que estabeleceu a eficiência como *meta princípio* da Administração Pública. Desde a virada de século, tem-se a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que além de impor a celeridade (Art. 5, LXXVIII) como pressuposto do processo, impingiu várias

[21] Tanto que o comandante do Banco Central, Henrique Meirelles, foi nomeado pelo Presidente da República ao cargo por ser advindo do mercado financeiro, contando com o aval dos banqueiros e do empresariado. Ele foi o responsável pela mantença dos lucros exorbitantes de setores como o bancário, e sinalizou a complacência do Estado brasileiro com o mercado.
[22] FURTADO, Celso. Raízes do Subdesenvolvimento. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

mudanças no Judiciário pátrio. A partir dela surgem, entre tantas outras[23], as Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006 que se tornaram simbólicas na última fase reformista da processualística civil.

Esta reforma processual foi motivada principalmente pelo Banco Mundial e demais instituições financeiras que viam no Judiciário um dos principais problemas para o desenvolvimento nacional. Muito embora se tenha avançado com algumas mudanças pontuais de procedimento que já se apresentavam como obsoletas, algumas outras mudanças tiveram o objetivo claro de melhor estruturar o controle sobre o Judiciário de modo a torná-lo mais previsível. A informatização dos processos, a repercussão geral, as decisões sumulares, a uniformização jurisprudencial em recursos similares, o deslocamento de competências (Juizados de Pequenas Causas, avanço da competência notarial, arbitragem), e a abreviação procedimental, foram medidas aprovadas com manifesto alinhamento às normas gerencias de gestão defendidas por instituições como o Banco Mundial.

Não se fala aqui de orientações genéricas ou subentendidas no relacionamento do Estado brasileiro com as instituições financeiras internacionais. Trata-se, pois, de postura ostensiva e formal da parte do Banco Mundial, que emitiu um verdadeiro receituário do *como-fazer* à América Latina. Refere-se ao Documento Técnico n.º 319, produzido em 1998[24]. Este documento traça os "*Elementos para a Reforma*", sendo voltado para "*O setor judiciário na América Latina e no Caribe*". Trata-se de diagnósticos realizados por aquela instituição financeira a respeito do 'ambiente de investimentos' na região, detectando, segundo sua visão, os segmentos que oferecem maior obstáculo ao desenvolvimento. O Poder Judiciário surge como um destaque negativo.

Pelo referido Documento Técnico, este é o cenário brasileiro da década de '90. Veja-se:

> Os países da América Latina e Caribe passam por um período de grandes mudanças e ajustes. Estas recentes mudanças tem causado um repensar do papel do estado. Observa-se uma maior confiança no mercado e no setor privado, com o estado atuando como um importante facilitador e regulador das atividades de desenvolvimento do setor privado. Todavia, as **instituições públicas na região tem se apresentado pouco eficientes em responder a estas mudanças**. Com o objetivo de apoiar e incentivar o

[23] Poderíamos citar: Leis n.º 11.187/2005, n.º 11.276/2006, n.º 11.277/2006, n.º 11.280/2006, n.º 11.418/2006, n.º 11.419/2006, n.º 11.441/2007, n.º 11.481/2007, n.º 11.678/2008, n.º 12.122/2009.

[24] BANCO MUNDIAL/Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. Documento Técnico n. 319/1996. DAKOLIAS, Maria. Trad. Sandro Eduardo Sarda. Washington D.C., 1996. www.bancomundial.org.br.

> desenvolvimento sustentado e igualitário, os governos da América Latina e Caribe, estão engajados em desenvolver instituições que possam assegurar **maior eficiência**, autonomia funcional e qualidade nos serviços prestados. O Poder Judiciário é uma instituição pública e necessária que deve proporcionar resoluções de conflitos transparentes e igualitária aos cidadãos, aos agentes econômicos e ao estado. Não obstante, em muitos países da região, **existe uma necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos**[25]. (grifados)

O Banco Mundial vai ao ponto: países como o Brasil, com ordenamento jurídico compromissório, e voltado para a garantia de direitos fundamentais sociais, não são considerados eficientes, no sentido neoliberal. Não estariam adequadamente adaptados às regras globais que respaldam o livre mercado - leia-se: o livre fluxo de recursos financeiros movimentado pela especulação financeira. Viram que pouco adianta o esforço para a cooptação política dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo, sem impor limites e controle ao Poder Judiciário, que possui o poder de desestabilizar as relações mercantis, invalidando contratos leoninos e abusivos, por exemplo.

A cooptação aos Poderes Executivo e Legislativo se dava, de regra, como visto, pelo sistema de políticas de condicionamento e de reajustes estruturais, que marcaram a década de 90. Estas foram suspensas parcial e provisoriamente durante a crise mundial que assolou e assola os países centrais, que tem de suportar o *boom* econômico de alguns países periféricos que se beneficiaram com a fuga de capitais do eixo central, e com a política de juros que alimenta o lucro do mega-capital. Com o Judiciário, especialmente como figura *garante*, o trabalho se tornou mais árduo. Por isso a estratégia utilizada foi trabalhar pela via das Cortes superiores, tendo em conta a politização de acesso na maioria dos casos. Os juízes da base, com a independência e autonomia garantidas constitucionalmente, pelo menos em parte, resistem, e tornam as mudanças, pretendidas pelo pensamento econômico, lentas de mais.

Não há pudor ou eufemismo no recado dado pelo Banco Mundial através de seu receituário. O Documento Técnico n.º 319, de forma clara, bem enaltece que o Judiciário deve estar a serviço do mercado, viabilizando a eficiência na alocação de riquezas. O Judiciário, segundo o documento, não deve representar um desestímulo

[25] BANCO MUNDIAL. Documento Técnico n. 319/1996. p. 07.

aos investimentos. Deve, pelo contrário, ser a instituição que represente a mola propulsora dos investimentos. Veja-se:

> **A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente**. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico. Com a transição de uma economia familiar - que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos - para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, consequentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. **Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e consequentemente, a competitividade do mercado**.[26] (grifados).

A aceleração é o mote propagandístico da proposta reformista do Banco Mundial. Claro. Facilitado pelas sucessivas campanhas midiáticas contra o Estado, que de regra o apresenta como um monstrengo sempre burocrático e inefetivo, o ideário da instituição financeira torna-se muito mais receptivo ao senso comum. Torna-se justificado qualquer tipo de grande mudança ou investimento público diante da população que, de modo geral, crê que a fórmula *tecnologia* + *velocidade* pode efetivamente confirmar as promessas constitucionais. Ledo engano. A proposta neoliberal de prevalência do econômico sobre o político e o jurídico, vai no sentido contrário – pelo menos quando pensamos em garantias sociais como saúde e educação, por exemplo. A lógica de custos é completamente incompatível com proposições finalísticas sociais.

As recomendações do Banco Mundial, sempre com tom cogente em face dos países mutuários, passam ainda pela majoração salarial da cúpula do Judiciário e mantença em altos padrões remuneratórios – não por acaso são os maiores da República -; pelo treinamento de seus juízes; aplicação de critérios quantitativos/qualitativos de desenvolvimento na carreira; implantação de metas de trabalho onde velocidade e quantidades ocupam papel privilegiado no método de

[26] BANCO MUNDIAL. Documento Técnico n. 319/1996. p. 18.

aferição; aumento de custos pela litigância; mecanismos alternativos de resolução de conflitos; autonomia orçamentária ao Poder; e profundas alterações na estrutura do ensino jurídico.

Assim, qualquer semelhança de tais recomendações com as alterações do Código de Processo Civil ocorrida nos últimos anos não constitui mera coincidência. A relação é mesmo direta[27]. As diretrizes do reformismo processual da última década foram dadas em grande medida por instituições financeiras como o Banco Mundial. Esse tipo de fenômeno dá o tom da intrigante relação que o Estado brasileiro tem mantido com o mercado. Dá mostra da condição instrumental do direito, e da frágil blindagem oferecida pela Constituição da República ao regime democrático. Os riscos são muitos e evidentes.

O juízo de eficiência no contexto de custos: o magistrado como servidor público no formato *Eichmann*

O código epistêmico deste regime político-econômico é a *ação eficiente*. Hayek a estabelece como marca fundamental do neoliberalismo. A eficiência econômica está atrelada ao parâmetro de meios, contrariando-se a propósitos finalísticos. A melhor alocação de riquezas em sociedade, aliada ao uso do instrumental método custo-benefício[28] para a avaliação das relações humanas é o que legitima e respalda a submissão do político e do direito aos princípios da economia. A partir daí, o Estado, e por via de consequência, o Poder Judiciário, devem pautar-se por essa nova lógica. As decisões judicias devem, pois, se tornar verdadeiros *juízos de eficiência*, que bem retratariam, nas palavras de Posner, *the justice of market*[29].

No Brasil, como já dito, a ação eficiente foi definitivamente recepcionada pelo ordenamento pátrio através da Emenda Constitucional n.º 019/98, que foi o símbolo da reforma gerencial de Estado promovida no Governo Fernando Henrique Cardoso, sob a batuta de Bresser-Pereira. A eficiência administrativa foi lançada ao rol de princípios da Administração Pública, previsto no art. 37 da Constituição da

[27] SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. Constiuição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, n. 06, p. 75-100, Porto Alegre, 2010.
[28] Citada na obra: GALDINO, Flávio. Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 299.
[29] POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 6th.ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

República[30] como princípio-mor, e com ascendência hermenêutica sobre os demais. Tornou-se, em verdade, um paradigma vinculador ao novo modelo de Estado que se forjara, o *Estado Gerencial*[31].

O que se percebe é que com a ação eficiente como parâmetro gerencial do Estado, provocou-se um verdadeiro giro epistemológico entre *meios* e *fins,* através da completa subversão da relação gregrário-antiga da causalidade pela relação de *meios*[32]. A lógica da eficiência, como dito, inadmite projetos finalíticos como políticas públicas para concretização de justiça social, eis que defende a perspectiva de custos da Constituição.

Por isso é que projetos constitucionais voltados à efetividade (*fins*), a exemplo do projeto dirigente proclamado por Canotilho[33], seriam absolutamente incompatíveis com uma economia de mercado, segundo os economistas do direito. Considerando que os homens, diante de sua falibilidade para previsão de fins, não poderiam antever a distribuição adequada para satisfação de todas as necessidades, segundo o estatuto de Popper e Hayek, restaria à sociedade reconhecer a 'espontaneidade' evolutiva das relações, e definitivamente render-se, fazendo do direito um instrumental aos *meios* - e nada mais. Qualquer tentativa de construtivismo, especialmente no direito, segundo o autor, seria diametralmente contrária à espontaneidade da cultura[34].

Desse modo, não mais faria qualquer sentido a existência de um magistrado na condição de *garante* de direitos fundamentais. Ao magistrado, no planejamento neoliberal, é reservado o papel estratégico e decisivo de oferecer estabilidade ao mercado, mesmo quando os demais poderes não ofereçam. O modelo a ser seguido pela magistratura é o do oficial Eichmann, bem descrito por Arendt, quando cobria o

---

[30] "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:" (Constituição da República).

[31] BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In:* Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. _____. *et al*. (Orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. Obra que influenciou o movimento reformista da década de noventa, e que vale a pena conferir é: OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Trad. Sérgio Fernando Guarisch Bath e Ewandro Magalhães Jr.10.ed. Brasília: MH Comunicação, 1998.

[32] MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais. *In*: *JURISPOIESIS* – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 31-36, 2002, p. 34: "Não é admissível, em hipótese alguma, sinonimizar efetividade com eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise de *fins*; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos *meios.*"

[33] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Almedina Editora, 2001.

[34] Não por acaso Hayek afirma que Marx e Freud são os maiores inimigos da cultura.

julgamento de militares nazistas pelos horrores cometidos na segunda guerra mundial.

Eichmann foi um oficial nazista que simplesmente cumpria ordens superiores sempre com acatamento, obediência, e de modo absolutamente irrefletido. Figurava como um servidor público exemplar e cumpridor de suas obrigações funcionais. Dito de outra forma, auxiliou no genocídio de milhares de judeus crendo que estava cumprindo o papel de um homem de bem, servindo a seu país. Em sua oitiva diante do tribunal, *Eichmann* disse que estava fazendo o que todos faziam, nada mais. Não refletia sobre as consequências, sobre as questões éticas, a quem verdadeiramente estava servindo. Simplesmente fazia, executava o serviço sem reflexão crítica sobre sua responsabilidade naquele episódio[35]. Enfim, não assumia a decisão como sendo sua, mas da lei, da qual era fiel seguidor.

Eichmann representa, como figura metafórica, o modelo de servidor público que se aspira para os magistrados brasileiros, a partir da lógica de prevalência da economia sobre o direito. Fala-se agora em um funcionário público eficiente, de *alma bela*[36], que habilmente é equiparado ao que se estabeleceu ser o 'bom funcionário', o 'funcionário de bem'. Estes funcionários, tal qual *Eichmann*[37], devem, pois, obedecer e cumprir as ordens superiores como se fossem desígnios divinos, mensagens sacralizadas, sempre a-criticamente, de modo não-pensado... '*Cumpro a ordem, porque tenho que cumprí-la*!', no melhor estilo Kantiano[38]. Esta é, enfim, a lógica pretendida para a Administração Pública: a do funcionário público como mero *dente de engrenagem* (Arendt)[39].

A velocidade e suas implicações no processo judicial

[35] ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999.
[36] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
[37] ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999.
[38] KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. 4.ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
[39] Hannah Arendt explica: "Quando descrevemos um sistema político [...] é inevitável falarmos de todas as pessoas usadas pelo sistema em termos de dentes de engrenagem e rodas que mantêm a administração em andamento. Cada dente de engrenagem, isto é, cada pessoa, deve ser descartável sem mudar o sistema, uma pressuposição subjacente a todas as burocracias, a todo o serviço público e a todas as funções propriamente ditas." ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 91-93.

A *velocidade* constitui um fenômeno próprio de nossos tempos. Não se pensa, de modo geral, falar de um Estado *eficiente* que não esteja ligado à sedutora idéia de um Estado *célere*, e que ofereça as respostas *instantâneas* à sociedade. Tudo na *sociedade de consumo* gira com muita, muita rapidez. E pensa-se que a jurisdição necessita dar conta de toda a complexidade da nova realidade do *cibermundo*. Querem, como visto, que os processos, as decisões judiciais, enfim, que a função judicante submeta-se a sistemas mecanizados de operacionalização de modo a fazer movimentar a rede de informações e respostas pleiteadas. As demandas, as necessidades, os desejos – permanentemente assediados, aguçados – ampliam-se incessantemente, pois o sujeito sempre quer algo a mais. Sempre.

É preciso desvelar o real significado e o que representa a lógica da velocidade em nossos dias, além de descortinar a função ideológica que subjaz a esse fenômeno - tido, por muitos incautos, como 'neutro'. Isso se torna fundamental para reconhecer que direitos ligados ao avanço da cibernética e da tecnologia, como a garantia de um processo célere, serve a interesses que nem sempre surgem como propósitos claros aos atores do direito e à sociedade civil como um todo.

A velocidade é um fenômeno perturbador ao pensamento. Segundo Virilio, não se trata de uma consequência neutra e despropositada do cibermundo[40], da cultura científica fundada a partir da Modernidade. Trata-se, dito de modo claro, de *poder*, de *meio*, que possui íntima relação com a economia. A velocidade, vista como relação política, é inseparável da lógica de maximização da riqueza. Torna-se, em tempos como estes, impossível estudar política sem dedicar-se a melhor compreender o fenômeno da velocidade[41]. A velocidade representa um *movimento absoluto*, de controle absoluto, instantâneo, o que o equipara a um poder quase divino. Objetiva uma visão totalizante que não possui nada de democrático em sua lógica. E essa 'sacralização' da velocidade não ocorre sem razão. Pretende-se introjetar no imaginário coletivo o *fazer-crer* que apresenta a velocidade como solução aos males da sociedade.

E quando se pensa no fenômeno da velocidade aplicada à jurisdição, e por muitas vezes propalada como saída da crise, a situação fica mais problemática. O processo, pois, é um campo de percepção em que a velocidade acelerada impede a aquisição dos significantes necessários ao debate democrático das pretensões de validade. A compreensão do "*processo como procedimento em contraditório*", nos

[40] VIRILIO, Paul. El Cibermundo, la política de lo peor. Trad. Mónica Poole. Madrid: Cátedra, 1999. p. 16.

moldes de Fazzalari, possui um custo de tempo, de dinheiro, incompatível com a lógica da velocidade. Em nome da salvação da celeridade, justifica-se a exclusão da defesa, das testemunhas, ressuscitando-se uma compreensão de verdade substancializada, até então enterrada.

A velocidade insensibiliza o Judiciário e subtrai dos jurisdicionados o que eles efetivamente buscam na jurisdição: garantias fundamentais, inclusive processuais. É por isso que, carreada pela mídia que insiste em lançar descrédito sobre o aparato estatal, especialmente o Judiciário, as empreitadas de privatização da justiça se mostram perigosamente atraentes, tendo como exemplos a arbitragem, a mediação, etc. Embora se reconheça alguns importantes avanços em alternativas de resolução conflitiva fora da lógica estatal, entende-se que o modelo majoritário de resolução alternativa hoje existente, voluntária ou involuntariamente, ainda serve aos interesses do econômico.

Considerações Finais

Inegavelmente os tempos são de crise no modelo de jurisdição processual. É indiscutível que o processo judicial brasileiro, com sua estrutura ritual, não dá conta da complexidade das demandas e muito menos consegue oferecer respostas satisfatórias à população em suas necessidades. Sabe-se, sem ilusão, que as respostas à crise de jurisdição não são simples, e exigem uma reflexão transdisciplinar que leve em conta a complexidade dos sujeitos, e que passem pela ruptura com qualquer tipo de modelo conflituoso e universalista. Mas é possível defender com convicção: a saída ao problema não está no receituário economicista que subjuga o papel do direito e da democracia em sociedade, mediante o rebaixamento de seu lugar e função a uma gestão eficiente dos interesses do mercado.

A submissão do Estado brasileiro às diretrizes reformistas de instituições financeiras como o Banco Mundial bem demonstram sua fragilidade diante do mercado. O Judiciário independente e livre é visto como ameaça ao 'espontâneo' fluxo de capital. Por isso entendem como justificável todas as reformas processuais que, de alguma forma, estejam direcionadas a oferecer garantias de estabilidade aos negócios. O processo não é concebido para os economistas do direito, como

[41] VIRILIO, Paul. Velocidad y Política. Buenos Aires: La Marca, 2006.

instrumento de garantias processuais constitucionais. É mero procedimento, método operacional ao direito material posto.

O Judiciário e o processo não são alvos privilegiados por acaso. Representam os meios possíveis de resistência à voracidade da lógica do *vale-tudo* ultra-liberal. O Judiciário, mesmo com todas as suas imperfeições e operando um modelo processual tradicionalmente conflituoso, consiste numa possibilidade de proteção ao projeto de bem-estar da Constituição da República. Na possibilidade de que se concretizem partes das promessas modernas. Claro que isso não ocorrerá *naturalmente*. Será preciso muito esforço hermenêutico e rupturas com dogmas do modelo vigente para que se efetivem garantias processuais. Definitivamente, não se precisa de um Judiciário permeado por servidores públicos eficientes e obedientes, no melhor estilo *Eichmann*. Esta zona de conforto, de simplesmente confirmar o pensamento de Cortes superiores, sendo veloz e atendendo às metas quantitativas do Conselho Nacional de Justiça, pensando ainda estar oferecendo uma grande contribuição ao 'desenvolvimento nacional', não garante o desejado *acesso à justiça*, e não fortalece o Estado Democrático de Direito. É preciso atentar a isso, antes que seja tarde demais...

Referências

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In*: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BANCO MUNDIAL/Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. Documento Técnico n. 19/1996. DAKOLIAS, Maria. Trad. Sandro Eduardo Sarda. Washington D.C., 1996. www.bancomundial.org.br.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In:* Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. _____. et alli (Orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Almedina Editora, 2001.

COMBLIN, José. O Neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século. 3.ed. Vozes: Petrópolis, 2001.

DUSSEL, Enrique. Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

EZCURRA, Ana María. Qué es el Neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2002.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FURTADO, Celso. Raízes do Subdesenvolvimento. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GALDINO, Flávio. Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HAYEK, Friedrich August Von. Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem. Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Vol I. São Paulo: Visão, 1985.

HAYEK, Friedrich August Von. O Caminho da Servidão. Trad. e revis. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, e Liane de Morais Ribeiro. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. 4.ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

KEYNES, John Maynard. Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1983.

KLEIN, Naomi. A Doutrina do Choque: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. O Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais. *In*: *JURISPOIESIS* – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 31-36, 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a *Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. Levando o Direito a sério: uma crítica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Cocneito, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão Judicial e o conceito de princípio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Trad. Sérgio Fernando Guarisch Bath e Ewandro Magalhães Jr.10.ed. Brasília: MH Comunicação, 1998.

POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 6th.ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes ao Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. Constiuição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, n. 06, p. 75-100, Porto Alegre, 2010.

SEN, Amartya. Sobre Ética e Economia. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SOROS, George. O novo paradigma para os mercados financeiros: a crise de crédito de 2008 e as suas implicações. Lisboa: Almedina, 2008.

STEIN, Ernildo. Racionalidade e Existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Unijuí: Eidtora Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008._____; O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIRILIO, Paul. El Cibermundo, la política de lo peor. Trad. Mónica Poole. Madrid: Cátedra, 1999.

VIRILIO, Paul. Velocidad Y Política. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: La marca, 2006.

WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral do Direito – Interpretação da lei, Temas para uma reformulação. Vol. I., Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WILLIAMSON, John. A economia aberta e a economia mundial: um texto de economia internacional. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

O QUE RESTA DO ESTADO NACIONAL EM FACE DA INVASÃO DO DISCURSO DA *LAW AND ECONOMICS*

Alexandre Morais da Rosa

A soberania revista em face do neoliberalismo.

A superação da noção de Soberania no contexto do Direito Transnacional implica na releitura de diversas noções herdadas da Modernidade, especialmente a de Soberania, a saber, do poder de estabelecer as normas jurídicas válidas no território nacional[42], em um ambiente mundializado pela proeminência do condicionante econômico neoliberal. Isto porque, segundo Allard e Garapon: "*O Direito tornou-se num bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada".*[43] Neste contexto e articulando as repercussões do discurso da *Law and Economics*, baseado em Posner[44], pretende-se apontar para a necessidade do (re)estabelecimento de um novo sentido e função do campo jurídico no Estado Democrático de Direito[45].

A magnitude das questões econômicas no mundo atual implica no estabelecimento de novas relações entre campos até então complementares. Direito e Economia, como campos autônomos, sempre dialogaram desde seus pressupostos e características, especificamente nos pontos em que havia demanda recíproca. Entretanto, atualmente, a situação se modificou. Não só por demandas mais regulares, mas fundamentalmente porque há uma inescondível proeminência economicista em face do discurso jurídico. Dito diretamente: o Direito foi transformado em instru-

[42] BECK, Ulrich. O que é Globalização? São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 18: "A sociedade mundial, que tomou uma nova forma no curso da globalização – e isto não apenas em sua dimensão econômica -, relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de lugares conectados entre si cruza suas fronteiras territoriais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência."

[43] ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. Os juízes na Mundialização: a nova revolução do Direito. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 07.

[44] POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. New York: Aspen, 2003; Overcoming Law. Cambridge: Harvard University Press, 1995, Law and Legal Theory in the UK and USA. New York: Oxford University Press, 1996; Law and Literature. Cambridge: Harvard University Press, 1998; The Little Book of Plagiarism. New York: Phatheon, 2007; Problemas de filosofia do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

mento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos/benefícios (pragmatic turn), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas. Neste pensar a noção de Soberania, diante da Mundialização, precisa ser recolocada.

A clássica noção weberiana de que Estado é "*uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território, reivindicava o monopólio do uso legítimo da violência física*"[46], com as modificações operadas nas duas últimas décadas do século XX, não mais se sustenta[47]. A busca da legitimação do uso da força, embora guarde certa relevância, passou a ser contingente, pois o Mercado, sem rosto, nem bandeira, veio roubar a cena de um mundo globalizado, sem fronteiras. Os desafios daí decorrentes são imensos, pois esta nova cartografia do poder não implica, necessariamente, no estabelecimento de relações entre Estados soberanos, mas se perde em mecanismos mais "brandos" de poder, mediados por um Mercado que não faz barreira, nem respeita, fronteiras, mitigando, por assim dizer, a noção de Soberania. O discurso do Mercado único, traz consigo, a destruição dos limites simbólicos que representavam as balizas dos Estados Soberanos.

Com efeito, o rompimento com o Estado-Nação implica uma nova relação entre o colonizador e o colonizado. Isto porque não se trata mais da proeminência de um Estado-Nação sobre outro, mas do deslocamento deste lugar para as formas motrizes do Mercado (Conglomerados, Bancos, Multinacionais, etc) as quais se valem dos "Aparelhos Ideológicos do Mercado" para manter a situação de opressão, naturalizada. Uma metrópole sem rosto, nem etnia, representada pelo capital. Não há ninguém nos comandos justamente porque tal poder não existe, inexiste um Outro do Outro (Lacan, na pena de Zizek[48]). Na última quadra do Século passado, todavia, diante do dito "progresso do neoliberalismo", em nome do pode-tudo-que-

---

[45] MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a Law & Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[46] WEBER, Max. Economia e Sociedade. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999.

[47] Para uma leitura atualizada: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Ciência Política e Teoria do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[48] ZIZEK, Slavoj. Las metástasis del goce: seis ensayos sobre la mujer y la causalidad. Trad. Patrícia Wilson. Buenos Aires: Paidós, 2005; Mirando al sesgo: una introdución a Jacques Lacan a través de la cultura popular. Trad. Jorge Piatigorsky. Buenos Aires: Paidós, 2004; Visión de paralaje. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Fundo de Cultura Económica, 2006; The Univesal Exception. New York: Continuum, 2006; Interrogating the Real. New York: Continuum, 2006; The Indivisible Remainder. New York: Verso Books, 2007; Amor sin piedad: hacia una política de la verdad. Trad. Pablo Marinas. Madrid: Síntesis, 2004; Beinvenidos al desierto de lo Real. Trad. Cristina Vega Solís. Akal, 2005;

quiser-em-nome-da-liberdade operou-se um declínio deste lugar de Referência, a saber, a "norma" deixou de ter a função de limitar a satisfação, entregue a um mercado vazio e iluminado de satisfações, em que tudo pode ser vendido e comprado, já que a categoria Direitos Fundamentais é extinta e tudo passa a ser direito de propriedade, negociado no Grande Mercado globalizado.

Dentro da premissa de que o "mercado" é o melhor mecanismo para uma situação "ótima", o discurso neoliberal[49] estipulou, por suas agências, uma agenda de políticas centradas no "crescimento econômico", modelo típico da Modernidade. O conceito de desenvolvimento foi re-significado para se juntar crescimento econômico com progresso técnico, via expansão da produção e acumulação privada de riqueza, pelo aumento dos lucros, a cargo dos mais capazes (ricos), com a redução do status dos trabalhadores a consumidores mínimos.[50] A consequência deste receituário se dá pela paulatina diminuição do gasto público social, aceitando-se a desigualdade como saudável, um custo inerente ao sistema[51]. Um dos mitos é o de que o consumo livre dos ricos favorece o crescimento do Mercado, mesmo custando a vida de milhares de sujeitos, tido como custos reflexos do sistema livre. Há muita gente no mundo que não consome cujos custos de manutenção são altos. Não se os pode matar diretamente, mas os excluir o suficiente para que a as doenças e ausência de comida os matem. O discurso neoliberal não pode dizer sua pretensão latente diretamente. Deve escamotear, sempre, via discurso manifesto e humanitário. Por isto uma adubação ideológico-midiática anestesiante da crítica[52], assimilada pelo buraco negro do Mercado e seu direito reflexivo. Assim é que o máximo crescimento

---

Arriesgar lo Imposible: Conversaciones com Glyn Daly. Trad. Sonia Arribas. Madrid: Trotta, 2004; La Revolución Blanda. Buenos Aires: Buenos Aires: Parusia, 2004.

[49] HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Trad. Ana Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985; Democracia, Justicia y Socialismo. Trad. Luis Reig Albiol. Madrid: Union, 2005; Principios de un orden social liberal. Trad. Paloma de la Nuez. Madrid: Unión Editorial, 2001; FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril, 1984; FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. Free to Choose: a personal statement. Orlando: Harcourt Books, 1990.

[50] Crítica consistente de: EZCURRA, Ana María. ¿Qué es el Neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente. Buenos Aires: Lugar, 2007.

[51] KLEIN, Naomi. A doutrina do Choque: A ascensão do capitalismo do desastre. Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

[52] ANDERSON, Perry. Além do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1995; AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; WAINWRIGHT, Hilary. Uma resposta ao Neoliberalismo: argumentos para uma nova esquerda. Trad. Angela Melim. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e sua conexões: Trata-se uma criança. Rio de Janeiro, Tomo II, pp. 225-238, 1999; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (et alii). Curitiba: EdiBEJ, 1996, pp. 67-69.

econômico andaria junto com o livre mercado[53] e o lucro do capital privado, contracenando com a diminuição dos custos dos trabalhadores e a diminuição dos gastos - sociais. Estes verdadeiros dogmas ainda perduram no discurso latente, ainda que no discurso manifesto tenha havido algumas concessões retóricas, principalmente pelo discurso de mitigação da probreza.

Superada a fase marginal do discurso neoliberal, seus pressupostos foram acolhidos pelos governos de Thatcher e Reagan, no início dos anos 80, implicando na Revolução Neoliberal do Estado, sob a batuta da banca de Bretton Woods (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento, este último criado posteriormente),[54] apontando para a necessidade de ajustes estruturais nos Estados Nacionais (privatização, desregulação dos mercados interno/externo, contenção do gasto público social), rumo ao crescimento econômico alto e sustentável. Sua execução se deu por políticas de estabilização tendentes ao fomento da livre operação dos mercados no plano mundial, dando especial relevo às exportações. A maneira de se conseguir competitividade externa se dá pela diminuição dos custos internos dos agentes de produção (empresas), principalmente nos custos do trabalho (mero input) e dos impostos. O deslocamento da avaliação exclusivamente pelos números, no paraíso da estatística, deixa de lado toda a questão social, para se estabelecer num mundo matemático, sem rostos, nem vítimas, mas meras “externalidades".[55] A pobreza passa a ser uma mera externalidade, um custo do sistema...

Talvez o golpe de mestre do discurso tenha sido o de colocar seus fundamentos ligados à noção de “capitalismo democrático", a saber, a impossibilidade da democracia sem capitalismo. Com esta bandeira – capitalismo democrático – como único meio de crescimento econômico manipula-se o discurso para se promover, no âmbito mundial, os pressupostos do livre mercado e, após o 11 de setembro, da “ordem mundial".[56] A “manipulação do medo"[57] passa a ser a pedra de toque do discurso ideológico do mercado livre, apresentando-se com a face “humanitária". A

[53] CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 229-242.
[54] BORÓN, Atilio. A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, pp. 91-93.
[55] LEVINAS, Emmanuel. Totalidade e infinito. Trad. José P. Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.
[56] Chosmky, Noam. A Política Externa dos Estados Unidos da Segunda Guerra Mundial a 2002. Trad. Paulo Alves de Lima Filho. São Paulo: Movimento Consulta Popular, 2005.
[57] Com a utilização ideológica do sistema de controle social e com o fim da guerra fria, o inimigo externo, então representando pelo Bloco Socialista, é astutatamente substituído pelo “terrorista”, com a face de qualquer um que resista…

crise humanitária se manifesta pela pasteurização e a aparente neutralidade do discurso de Direitos Humanos, a qual funciona como mecanismo da ideologia intervencionista, com interesses latentes e, por básico, diversos do discurso manifesto. O discurso manifesto é o de ajuda humanitária. Mas é o fundamento de uma intervenção capaz de imaginariamente aplacar a culpa e justificar a opressão com a qual, no fundo, se compactua. As intervenções ditas humanitárias escondem os interesses econômicos silenciados no discurso manifesto, como no caso do Iraque,[58] em que o petróleo é bem mais importante do que a pretensa implementação democrática no país. A política humanitária é o lema que faz caminhar a massa composta de "Almas Belas"[59] no caminho de uma finalidade mal-dita, da qual se fazem instrumento. Congrega, sob a mesma bandeira, desde religiosos pseudo-assépticos ideologicamete até desiludidos agnósticos, facistas de direita e revolucionários de esquerda, em nome da "Causa Humanitária". Este engajamento em nome dos Direitos Humanos, todavia, cobra um preço pouco percebido pela maioria jogada na inautenticidade, para usar a gramática heidegariana. Este movimento humanitário invoca a necessidade de salvação, suspendendo os limites democráticos, as fronteiras e desloca a noção de Soberania. Serve de instrumento alienado da opressão de um capital que não quer e derruba, incessantemente, as fronteiras nacionais.[60]

Acrescente-se que esta revolução neoliberal democrática global[61] se desenvolve a partir da construção de um discurso único, sem alternativas, ou seja, do capitalismo vencedor – como se verificou na redação da Constituição Européia[62] –, ao qual todos devem se adaptar, sob pena de ineficiência. Por isso o discurso crítico acaba não encontrando eco por se iludir com o discurso latente, das aparências. É preciso aceitar, pois, que o neoliberalismo é o paradigma englobante[63] – hegemôni-

---

[58] Esta nova missão "democrática" é o argumento para a intervenção nos demais países. O exemplo palmar é o Iraque. A política do EUA de "a nossa democracia para todos" encontra estabilidade e assentimento de Republicanos e Democratas. Logo, é de longo prazo. Dar-se conta disto é fundamental... ZIZEK, Slavoj. Irak: la tetera prestada. Trad. Luis Álvarez-Mayo. Madrid: Losada, 2006.

[59] ZIZEK, Slavoj. Arriesgar lo Imposible: Conversaciones com Glyn Daly. Trad. Sonia Arribas. Madrid: Trotta, 2004, p. 52. O argumento de Zizek é o que de se "te metes em política é preciso uma certa dose de pragmatismo e crueldade, para que o projeto se realize." Não há pureza possível. Zizek critica os acadêmicos liberais – almas belas – que deixam que os executores façam o trabalho sujo, pois admira gente que assume suas posturas e admite executar o trabalho sujo. Aí reside a assunção de uma responsabilidade pelos atos perdida no âmbito das sociedades descompromissadas, da plena liberdade. O poder faz vítimas, sempre.

[60] CUNHA MARTINS, Rui. O método da fronteira. Coimbra: Almedina, 2008; ZIZEK, Slavoj. Elogio da Intolerância. Lisboa: Relógio D'Água, 2006, pp. 14-16.

[61] MEAD, Walter Russel. Poder, terror, paz e guerra: os Estados Unidos e o mundo contemporâneo sob ameaça. Trad. Bárbara Duarte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

[62] AVELÃS NUNES, António José. A Constituição Européia. A constitucionalização do neoliberalismo. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 63-118.

[63] Inclusive religiosa, bastando conferir a encíclica "Centesimus Annus", do Papa João Paulo II.

co, diria Gramsci[64] – da sociedade contemporânea com os mais variados efeitos (formais e materiais). A lógica que subjaz ao modelo acaba sendo o custo/benefíco (eficiência – maximização de riqueza). Conquanto não se possa falar numa autoridade central, o projeto neoliberal conta com diversas e poderosas agências[65] capazes de ditar as regras gerais e abstratas, apontadas por Hayek, como fundamentadoras das ações dos sujeitos e das Instituições. Não se preocupa (diretamente) com as capilaridades sociais, acolhendo uma atuação balizadora das iniciativas e usando seus mecanismos para impedir ações que estejam em desacordo com suas premissas. Condiciona as ações no campo social por sua "violência simbólica" e ideológica através da eleição do significante eficiência. Este significante tomado do campo da Administração ganhou, no Direito, um sentido colonizado e aferido pelo critério mercadológico de custos/benefícios[66].

Cria-se, assim, um novo princípio jurídico: o do melhor interesse do mercado. O Direito é um meio para atendimento do fim superior do crescimento econômico. É necessário simbolicamente para sustentar a pretensa legitimidade da implementação dos ajustes estruturais mediante reformas constitucionais, legislativas e normativas executivas. Na perspectiva de unificar o novo "mercado mundial" as normas de comércio devem se adequar ao novo modelo diminuindo os custos e os riscos das transações. Significa a construção de uma estrutura mundial em que os Estados são incapazes de sozinhos provocar modificações significativas, embora - tenham um papel fundamental na garantia da "ordem pública", principalmente na "esfera de controle social". Assim é 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[67], à mercê do Mercado. Ao Estado, então, é 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, como se verifica atualmente com o terrorismo, ameaça ecoló-

---

[64] GRAMSCI, Antônio. Cadernos do Cárcere. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

[65] Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Programas Mundiais. Tudo articulado em face das orientações históricas e tradicionais: "Bretton Woods", "Consenso de Washington", etc.

[66] MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

[67] ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. Os juízes na Mundialização: ..., p. 39: "No campo económico e comercial, não é uma ilusão esperar que, um dia, venha a emergir um direito global. E já isso que, em parte, ocorre, por exemplo, com a Convenção de Viena sobre as transacções, que é aplicada por um grande número de países."

gica, armas químicas/nucleares e droga. A globalização é complexa, com fatores culturais, jurídicos, sociais, ideológicos e culturais, especialmente econômicos. O mercado mundial unificado implica numa proeminência do mercado como lugar vazio, destruindo os ordenamentos jurídicos internos, com diversas estratégias: a) Criação de Órgão Supranacionais (OMC, dentre outros), nos quais as decisões não são legitimadas por qualquer processo democrático[68]; 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.

Neste sentido, Zizek está certo ao afirmar que a ideologia congrega uma multidão de escravos, a partir do discurso do Senhor, não por uma ilusão, mas por um aspecto de realidade (terrorismo, ameaça ecológica, armas químicas/nucleares e droga) escamoteando, todavia, a finalidade latente (ideológica) destes discursos. A "realidade" entendida como os limites simbólicos – construídos – é manipulável. A razão instrumental, portanto, transforma-se no fundamento da própria dominação simbólica. Quanto menos forem manifestos os interesses ideológicos, mais eficazes serão.[69] A aparência deste afastamento é o mote para sua eficiência. É somente pela crítica ao sintoma deste velamento, a saber, pelo silêncio, contradições, deslizes, que se pode estabelecer um lugar para o discurso crítico. Isto porque o slogan "liberdade e igualdade" atende aos interesses dos donos do capital. A aceitação sem maiores reflexões de que todos são iguais para contrair obrigações aponta para uma miopia ideológica. Dito de outra forma, em nome da Liberdade se esquece das forças reais de poder. Cinicamente, claro. A ordem espontânea pretende que o mercado se construa por si mesmo, esquecendo-se dolosamente que a ordem espontânea não se dá por si mesmo, mas por uma leitura (particular) dela. Uma leitura pré-dada. Enfim, é a legitimação racional da ordem existente, na leitura hegemônica do capital.

---

[68] BAUMAN, Zygmunt. Archipiélago de excepciones. Buenos Aires: Katz, 2008. Os mecanismos democráticos de deliberação restam superados por decisões que refogem ao espaço democrático, a saber, são tomadas pelo Mercado e suas corporações, sem que os concernidos possam tomar um lugar no feudo de deliberação.

[69] ZIZEK, Slavoj. Ideología: Un mapa de la cuestión. Trad. Cecilia Betrame et alii. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 15: "La lógica de la legitimación de la relación de dominación debe permanecer oculta para ser efectiva. En otras palabras, el punto de partida de la crítica de la ideología debe ser el reconocimiento pleno del hecho de que es muy fácil mentir con el ropaje de la verdad. (...) La forma más notable de 'mentir con el ropaje de la verdad' hoy es el cinismo: con una franqueza cautivadora, uno 'admite todo' sin que este pleno reconocimiento de nuestros intereses de poder nos impida en absoluto continuar detrás de estos intereses. La fórumula del cinismo ya no es la marxiana clásica 'ellos no lo saben, pero lo están haciendo'; es, en cambio, 'ellos saben muy bien lo que está haciendo, y lo hacen de todos modos'."

Este modelo gera “vítimas” e depois as constata via “Relatórios Mundiais”, para os quais se apressa em apresentar novas (ilusórias) soluções. Enfim, o problema social é antevisto e fomentado para, depois, justificar um novo recrudescimento de controle social,[70] na implementação da “doutrina de choque” de que fala Klein. Vale destacar que o “Informe sobre o Desenvolvimento Humano” produzido pelo “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento” (PNUD) e pelo “Banco Mundial” sobre a pobreza, foi a justificativa retórica para o redirecionamento ds políticas públicas, agora catalisadas para redução da pobreza, dando azo a uma nova investida de “ajustes estruturais", ou seja, mitigação de Direitos Fundamentais. A questão social é circunscrita dentro dos limites máximos à estabilização econômica, alterando o critério do modelo do Bem Estar Social. Mediante cooperações internacionais (dos Fundos), obriga-se a realização dos ajustamentos estruturais necessários ao modelo neoliberal, no que se denomina de soft power, pelo qual a cooptação econômica substitui o hard power militar.[71] Este soft power não apresenta a face do capital, mas a de organismos multilaterais capazes de implementar uma ingerência interna acentuada, ainda que siga silenciosamente o receituário neoliberal. Daí seu efeito deslumbre e assentimento irrefletido de muitos preocupados em ser eficiente. Sob a bandeira do combate à pobreza, implementam-se programas de controle - social sob o papel de presente de assistência, sempre transitória. Estes programas - sociais normatizantes são focados nos mais pobres, dentro dos limites orçamentários, deixando a extra-grande maioria da população excluída.

De outro lado, há uma redução nas despesas estatais com saúde, educação e previdência social, entregues ao capital privado (diretamente,[72] via Parcerias Público-Privado, concessões ou organizações não-governamentais[73] – ong’s). Por fim, divulga-se o combate à corrupção, a criação de Agências Reguladoras e a flexibilização dos contratos de trabalho, dentre outras iniciativas, como medidas dolorosas, mas necessárias ao bom funcionamento do mercado. Apesar deste realinhamento estatal, a idéia do mercado como mecanismo ótimo de auto-resolução de

[70] VIANNA, Túlio. A Transparência Pública, Opacidade Privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade do controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
[71] ZIZEK, Slavoj. La Revolución Blanda. Buenos Aires: Parusia, 2004.
[72] Interessante que as responsabilidades pela criação de filhos, da velhice, da aposentadoria, dentre - outras, são recolocadas como responsabilidade familiar. Com isto, surgem os discursos de previdência privada, planos de saúde, enfim, toda uma gama de atendimentos de assistência social dos quais o Estado se retira em nome da liberdade dos sujeitos e seus núcleos de auxílio privados. Implica, pois, na rejeição do Estado do Bem Estar Social. Os que não conseguirem meios, pois, estarão fadados, por suas escolhas e (in)competências singulares, ao (des)alento.
[73] CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil. Florianópolis: Conceito, 2009.

desigualdades permanece inatacado. Este seria, enfim, para os neoliberais, o Estado Eficiente.[74] Assim é que o discurso do desenvolvimento econômico é o principal disfarce do discurso neoliberal, naturalizado como sendo uma das exigências decorrentes da globalização, sem qualquer possibilidade de discussão. Esta estratégia evita o confronto de idéias advindo de um devido embate democrático e gera, no seu cúmulo, o espetáculo contemporâneo do luxo e da pobreza.

O discurso da *Law and Economics*, via Posner

Denomina-se Análise Econômica do Direito (AED) o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, o qual busca aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito. O movimento, fortemente influenciado pelo liberalismo econômico, tem como precursores e expoentes os professores Ronald Coase e Richard A. Posner, ambos da Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale. Law and Economics, contudo, não é um movimento coeso. Apresenta diversas escolas e orientações, com diversas publicações regulares. O fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas. O objeto de estudo da AED deixou de acontecer exclusivamente no plano do Direito da Concorrência para ganhar novos campos: propriedade, contratos, responsabilidade civil e contratual, direito penal, processo (civil e penal), direito administrativo, direito constitucional, direito de família, infância e juventude, dentre outros.[75] A Análise Econômica do Direito ganhou fôlego na segunda metade do século passado a partir, fundamentalmente, de três fatores: a) a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e

[74] EZCURRA, Ana María. ¿Qué es el Neoliberalismo?..., pp. 64-65: "Los gobiernos no gobiernan, sino que gerencian políticas de paternidade internacional. Y el papel de los partidos sería unicamente legitimarlas. (...) Em suma, las políticas fundamentales, atinentes a los modelos domésticos de sociedad, no son dispuestas ni por los ciudadanos, ni por los partidos, ni por los gobiernos latinoamericanos. Así pues, la estructura del oder internacional ciñe la gama de decisiones al alcance de los sistemas políticos locales y, con ello, la soberanía nacional y ciudadana. La democracia, tan exaltada por el neoconservadorismo-liberal, queda en entredicho."

[75] STEPHEN, Frank H. Teoria econômica do direito. Trad. Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993; MERCADO PACHECO, Pedro. El analisis economico del derecho. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1994. FRANZONI, Luigi Alberto. Introduzione all'economia del diritto. Bologna: Mulino, 2003; TORRES LÓPEZ, Juan. Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal. Madrid: Tecnos, 1987; POLINSKY A., Mitchell. Introducción al análisis económico del derecho. Barcelona: Ariel, 1983; RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito: uma introdução. Coimbra. Almedina, 2007; BOURDIEU, Pierre. As estruturas sociais da economia. Trad. Lígia Calapez. Porto: Campo das Letras, 2006.

Posner, dentre outros); b) proeminência do discurso neoliberal; c) imbricamento entre as tradições do civil law e do common law.

Esta corrente metodológica adota, além dos princípios do liberalismo econômico, a idéia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da ciência econômica e, por isso, pode ser estudado do ponto de vista da teoria econômica. Assim, busca o movimento transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar a nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico. A Law and Economics procura analisar estes campos desde duas miradas:[76] 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 riqueza"; e, b) "normativa": quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do bem-estar social, cotejando-se as consequências. Dito de outra maneira, partindo da racionalidade individual e do bem estar social – maximização de riqueza –, busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas.

Com efeito, o Sistema jurídico[77] é acusado de ser dos principais obstáculos ao crescimento econômico, especificamente pelos custos necessários para o contractual enforcement e o contratual repudiation,[78] ou seja, de se constituir um obstáculo ao bem estar do mercado na ótica neoliberal. O custo país, entendido como todos os custos acrescidos ao da transação, aponta para a ausência de maior eficiência do Poder Judiciário na garantia dos dogmas (propriedade privada e contrato), já que estes elementos seriam fundamentais para o perfeito funcionamento do mercado. A deficiente qualidade do Sistema de Justiça é apontada como um dos fatores responsáveis pela estagnação econômica, demandando, assim, um realinhamento à nova ordem mundial. Exige-se, portanto, a revisão das normas legais, dos limites da intervenção do Estado e da própria Constituição.[79] Isto porque as

[76] POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. New York: Aspen, 2003, pp. 24-26.
[77] GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
[78] GORDLEY, James. The Enforceability of Promises in European Contract Law. Princenton: Cambridge University Law, 2001.
[79] AVELÃS NUNES, António José. A Constituição Européia. A constitucionalização do neoliberalismo. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 63-118: "Salienta-se

Constituições da segunda metade do século passado são, em regra, compromissórias[80] e voltadas à construção do Estado do Bem Estar Social mediante o cumprimento de programas de redistribuição de riqueza, mitigação da pobreza, relativização da propriedade privada (função social, reforma agrária, etc.) e relativização da autonomia da vontade nos contratos (proteção ao consumidor, vedação de cláusulas abusivas), enfim, buscava a garantia de Direitos Fundamentais. Este indicativo constitucional é apontado como um fator prejudicial, dado que não atrai o capital internacional e, desta forma, implica na estagnação econômica. Em nome do crescimento econômico, então, na perspectiva de fins, indica-se o receituário neoliberal capaz de tornar o país eficiente. Um alto custo para garantia da propriedade e cumprimento dos contratos torna – dizem – o país menos atrativo (custo/benefício). A batizada luta pela "estabilidade econômica", guindada à condição de "grau zero" (Barthes) implica na manipulação do conceito para que se entenda como uma unidade de desígnios, em nome de todos, apagando as diferenças políticas e sociais. A internacionalização do "mercado sem fronteiras" praticamente obriga uma uniformização judicial dos países baseada no custo/benefício para que se tornem competitivos. O Mercado mundial impõe regras claras em todos os territórios (ainda) nacionais, mitigando a Soberania. Este é um dos fatores do imbricamento entre as tradições do civil law com o common law.

O estabelecimento de um critério, no caso, a eficiência, entendida como a - melhor alocação de recursos, na perspectiva do mercado (ordem espontânea), no território da AED, implica na avaliação das Instituições por suas consequências

---

desde logo o facto de a CE considerar 'liberdades fundamentais' não aquelas que em regra integram o núcleo dos direitos, liberdades e garantias, mas antes 'a livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais, bem como a liberdade de estabelecimento'. Estas são as liberdades do (grande) capital (sobretudo o capital financeiro)." (…) "Mas os autores desta 'Constituição', que decidiram não fazer referência ao deus dos cristãos, escolheram outro deus omnipresente, que pretendem impor aos cidadãos dos países da EU, um deus que deve ser venerado acima de tudo, um deus que tudo resolve, ainda que à custa de ´sacrifícios humanos': o deus-mercado." (…) "É o fim da política, a morte da política económica, o reinado do deus-mercado, enquanto ordem natural, espontânea, que tudo resolve, acima dos interesses, acima das classes, para lá do justo e do injusto, como defendem os monetaristas mais radicais (ou mais coerentes) e todos os defensores da libertação da sociedade civil."

[80] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). Canotilho e a Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Consitucional e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constituicional. São Paulo: Malheiros, 2001; CANOTILHO, J. J. GOMES. Brancosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra. Almedina, 2006.

(custo/benefício).[81] No âmbito do Sistema Judiciário, este cotejo acontece 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 senso, inserida no contexto do discurso jurídico. Em ambas dimensões procura reler a estrutura e práticas do Sistema Judicial desde um ponto de vista específico, num embate que transcende a simples mudança de critério (jurídico para econômico), mas de tradições jurídicas (common law e civil law) e filosóficas diversas, pretendendo a unificação do discurso mundializado. De um lado indica ajustes estruturais[82] no Poder Judiciário, inclusive com formas alternativas de resolução de conflitos (arbitragem e mediação), por outro, a partir do pragmatic turn refunda a Teoria da Decisão Judicial pelo critério da maximização de riqueza, levado a efeito por agentes racionais enleados num processo de desenvolvimento social.[83] Há uma rearticulação interna do Direito pela intervenção externa (e decisiva) da Economia, no que se pode chamar de "Economização do Direito".[84]

De qualquer forma, o estranhamento entre Law and Economics com o Direito herdado da Modernidade acontece, de logo, pela ausência de produção legislativa conforme os critérios apontados economicamente. A tensão que se instala é a da revisão do ordenamento jurídico e da mentalidade dos atores jurídicos ao menor custo econômico possível. A resistência a uma total reforma é mais do que sabida, deslocando-se, assim, para estratégias mais eficientes de interferência e colonização. Uma preocupação de redirecionar o sentido histórico (da tradição), a partir de novas coordenadas hermenêuticas e o compromisso inalienável (como se fosse

---

[81] A relação custo/benefício estabelece em termos monetários o coeficiente da ação do ponto de vista do paradigma. A questão, antecipa-se, está nos critérios para o estabelecimento destes custos; critérios, não só no aspecto qualitativo, como também espaço/temporal.

[82] KORNHAUSER, Lewis A. Judicial Organnization & Administration; Appel & Supreme Courts. In: Encyclopedia of Law and Economics (www.encyclo.findlaw.com); CANOTILHO, J. J. GOMES. Brancosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra. Almedina, 2006, p. 144.

[83] AROSO LINHARES, José Manuel. A Unidade dos Problemas da Jurisdição ou As Exigências e Limites de uma Pragmática Custo/Benefício: Um Diálogo com a Law & Economics Scholarship. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, pp. 65-178, 2002, p. 68. "E assim a enfrentar a relação complexa que vincula a jurisdictio enquanto estrutura à jurisdicitio enquanto intenção (material) de realização… e ambas (ainda que porventura em planos distintos) às expectativas (e exigências) de uma juridicidade autónoma."

[84] AROSO LINHARES, José Manuel. A Unidade dos Problemas da Jurisdição ou As Exigências e Limites de uma Pragmática Custo/Benefício: Um Diálogo com a Law & Economics Scholarship. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, pp. 65-178, 2002, p. 89: "Uma estratégia global, insista-se, capaz assim mesmo de se projectar numa especificação táctica racionalmente sustentada (iluminada pela ordem de fins, macroscopicamente inteligível decidida pela primeira). Porque outro é certamente o problema dos comportamentos estratégicos individuais. (…) Só estaremos em condições de reconstituir a prática judicial como uma pragmática determinada (entre outros objectivos-goals) pela finalidade da wealth maximization se pudermos autonomizar um plano de relevância que permaneça imune aos comportamentos estratégicos dos operadores envolvidos."

Direito Fundamental) com a “Boa Governança” do Estado e o compromisso (absoluto) com o “Livre Mercado”, esquecendo-se das conquistas democráticas.[85] Há uma inescondível sedução pelos pressupostos lógico-racionais da Análise Econômica do Direito. A premissa de que todos atuam como sujeitos racionais, capazes, pois, de tomar decisões a partir de um domínio dos atos da vida, gera, no seu cúmulo, a adesão irrefletida aos seus fundamentos, na perspectiva da assunção de um lugar racionalizado, enfim, de encontrar um lugar social e jurídico indicado como sendo apto ao enfrentamento da sociedade contemporânea (complexa e global). Um encantamento sedutor... que cobra um preço, caro.[86] A apuração deste preço democrático, para efeito deste ensaio, derivado de um maior[87], enfrentará, de maneira crítica e direta, o modelo da Law and Economics. Será, portanto, uma crítica ao modelo, especialmente a pretensão megalomaníaca de Posner.

A possibilidade de crítica aos fundamentos da AED depende da percepção de que, desde o início, o critério do Sistema é diverso, daí a incomensurabilidade, isto é, a impossibilidade de se fazer uma crítica aos seus pressupostos a partir exclusivamente do Direito. É preciso adentrar-se no campo da Economia. E esta primeira barreira é materializada pela matemática e o desconhecimento dos fundamentos econômicos latentes. O segundo obstáculo pode ser indicado pela tradução do bem estar econômico como um dogma a ser acolhido pelo Direito. A terceira restrição pode se dar pelo caráter heterodoxo de sua imposição, ou seja, sedutoramente, sem capacidade de reação ao “discurso único". Com efeito, o discurso neoliberal se apodera do jurídico de maneira instrumental e avassaladora. Isto porque há um ines-

---

[85] CANOTILHO, J. J. GOMES. Brancosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra. Almedina, 2006, pp. 325-334. “Como se sabe, trata-se de um conceito gerado no âmbito da economia e política do desenvolvimento e que, nos tempos mais recentes, adquiriu direitos de cidade no contexto das ciências sociais. (…) Good governan-ce significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado. (…) Em segundo lugar, a good governance acentua a interdependência internacional dos estados, colocando as questões de governo como problema de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais. Em terceiro lugar, a ‘boa governança’ recupera algumas dimensões do New Public Management como mecanismo de articulação de parcerias público-privadas, mas sem enfatização unilateral das dimensões econômicas. Por último, a good governance insiste novamente em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (accountability) e da legitimação.” Todavia, (…) “Fica também calro que a ‘good governance’ não pode consistir numa simples política de alocação de recursos e de boas práticas orçamentais, se necessário autoritariamente impostas, com desprezo dos direitos fundamentais humanos e dos princípios basilares da democracia e do Estado de Direito. Compreende-se, assim, os esforços de uma significativa parte da doutrina na firme elevação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais a pré-condição básica de qualquer boa governação contra as tentativas de, a partir de teorias da ingovernabilidade, legitimar uma qualquer ‘-metagovernação’ ancorada na violência, na ideologia e nos interesses.”

[86] MORAIS DA ROSA, Alexandre. A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics). Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), n. 06, pp. 15-34, 2008.

condível desconhecimento das regras formais do funcionamento do mercado pelo campo do Direito. De regra o ensino da Economia se dá nos limites da "Economia Política" colonizada ou de instrumentos fiscais específicos, tornando o diálogo inter-subjetivo (quase) impossível. O resultado é o embate de forças, no qual o discurso econômico prepondera justamente porque no centro do mercado existe apenas um vazio iluminado: o nada. Uma máquina kafkiana sem rosto nem vontade centralizada é impossível se estabelecer materialmente o modo de seu funcionamento. Daí sua eficácia e dificuldade de compreensão crítica porque o Direito – na versão moderna – pensa equivocadamente numa vontade central: única, coerente e completa. Assim é que um dos equívocos da crítica formulada ao neoliberalismo aconteça pela pretensão de o dominar, na totalidade, pela reflexão racional, a partir de um princípio unificador substancial. O neoliberalismo parte de um princípio formal.[88] Logo, os discursos críticos acabam sendo de tão pouca eficácia, pois não atacam este significante.[89]

A proliferação do discurso técnico-econômico implica na – aparente – despolitização do jurídico. As consequências podem se fazer ver na maneira pela qual os conflitos sociais são encaminhados, ou seja, na lógica contratual de custos/benefícios sociais, sem uma vinculação normativa estrita. Longe de se defender um retorno (saudosista) ao normativismo (positivismo) e sua maneira formalista de compreender o mundo, pretende-se demonstrar como este diálogo opressor e sem "hospitalidade" entre o neoliberalismo sobre o Direito tornou a teoria da decisão judicial um instrumento a ser medido pela "eficiência do provimento". Para além da resolução dos conflitos (cível) ou caso penal,[90] percebe-se a colocação da decisão judicial numa cadeia de significantes que deve, necessariamente, guardar uma parametricidade com as diretrizes econômicas, transformadas em critério do sistema decisório. Esta intrincada relação não se faz tranquilamente, mas ao preço de muita manipulação ideológica (Zizek) e "violência simbólica" (Bourdieu). O jurídico é transformado, assim, numa esfera técnica aparentemente despolitizada. O preço de tal "lugar" é o

---

[87] MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a Law & Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
[88] HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade…, v. I, p. 40.
[89] DUSSEL, Enrique. Hacia una Filosofia Política Crítica. Bilbao: Desclée, 2001, p. 9.
[90] MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1998. Não se pode equipara lide com «caso penal» por se tratarem de registros diversos. O processo penal, entendido como Direito Fundamental, não pode ser renunciado, negociado, enfim, não pode ser tratado como um direito disponível. A Law and Economics, por suas noções, aterra a distinção, proporcionando a livre negociação, como se mercado fosse, da pena. E isto é insustentável. Neste escrito não se abordará a questão penal. Entende-se que ela demanda a construção de outros alicer-

do desfazimento da Democracia e o do esvaziamento do que se denominou Justiça Social.[91] O ponto de vista econômico é trazido como um a priori indiscutido, verdadeiro dogma sagrado. A proeminência do discurso economicista é pré-dado; único caminho adequando ao sujeito (dito) racional. Com a introdução do critério rígido da eficiência econômica a resposta está garantida, não obstante seu conteúdo variável no tempo, espaço e contexto. É a tradução do discurso único no campo do Direito.[92]

Por outro lado, é no mínimo curioso que o modelo propugnado pelo neoliberalismo, especialmente Hayek, se aproxime, na estrutura, do modelo de Ferrajoli. Tanto Hayek como Ferrajoli fundamentam suas propostas teóricas na impossibilidade de um "Estado Ilimitado", ou seja, é preciso colocar-se limites democráticos ao Estado. Buscam, para tanto, a contribuição teórica de John Locke.[93] Defendem, ambos, a existência de Direitos não transferidos para a esfera estatal e que, para usar a gramática de Ferrajoli, encontram-se na "esfera do indecidível". De sorte que o sistema lógico de ambos é similar. A variação (manipulação) encontra-se justamente nos significantes que darão ensejo a este critério. Enquanto para Ferrajoli se trata de "Direitos Fundamentais", para Hayek a propriedade privada e a autonomia contratual constituem este limite estatal. Com esta divergência de critério do Sistema, os caminhos "substanciais" restam distintos. Isto demonstra que a modificação do princípio da cadeia do Sistema altera o sentido dos significantes posteriores. Por este motivo pode-se entender porque Posner insiste tanto na maximização da riqueza como critério da decisão. Os significantes trazidos à colação na cadeia metonímica acabam enleados na trama colonizada. Reside justamente na alteração do significante primeiro uma das possibilidades mais eficazes de resistência. De pouco adianta a discussão crítica posterior se houver aceitação do critério, uma vez que condiciona o sentido.

---

ces de crítica. O que se pode dizer, com certeza, é que a Law and Economics possui uma concepção de Direito e Processo Penal anti-democrática, pois desconsidera os Direitos Fundamentais.

[91] AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e Direitos Humanos..., p. 118.

[92] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia. Uma introdução ao Movimento Law and Economics. Revista Brasileira de Direito, n. 2, ano I, pp. 40-55, 2006: "O movimento direito e economia, em contrapartida, vincula-se ao neoliberalismo, do qual é porta-voz forense, e cujos ideais de eficiência defende. (…) Para Posner, a importância da toga, se não utilizada para realizar os objetivos econômicos da sociedade, reveste-se de um nada absoluto, e isso é muito mais do que mero oxímoro."

[93] LOCKE, John. Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. São Paulo: Abril, 1973, p. 46.

Anote-se, também, que a Constitucionalização da “esfera privada" tornou a “esfera pública" ampliada[94] e gerou um paradoxo. Significou a possibilidade retórica de ingerências estatais no que antes era protegido por Direitos Fundamentais (intimidade, liberdade de expressão, etc.). Os Direitos Fundamentais acabam se tornando desprovidos de suas características e submetidos aos dois únicos Direitos Fundamentais do Mercado: propriedade e liberdade de contratar. Pode-se dizer que há uma “contratualização/privatização neoliberal da esfera pública” ou o que denomina Aroso Linhares como Teoria Horizontal-Pragmática dos Direitos.[95] A metáfora explicativa – como mito fundante – da Grande Sociedade é reificada no contrato, mas com a ressignificação do sentido, pelo qual os direitos são horizontalmente considerados e valorados para efeito de quantificação e ensejar as trocas no mercado (jurídico). Pode-se negociar tudo, em nome da liberdade. Ao invés de o Estado estipular limites desde uma perspectiva pública, a AED acolhe a mediação formal do mercado e suas auto-regras cambiantes, desprezando a “esfera do indecidível". As normas gerais e abstratas do mercado apontariam à maximização de riqueza, embora com alguma atividade Estatal de mitigação das externalidades. O paroxismo desta liberdade de contratar se deixa ver quando transforma os próprios sujeitos em mercadorias e gera, no seu cúmulo, um grande “Shopping Humano”, onde tudo é comprável, vendável e permutável.[96]

Neste caminho se reconhece que não há salvação transcendente; inexiste um método absoluto, universal, capaz de dar o conforto prometido pela Law and Economics. A decisão judicial não confere a verdade anunciada pelo critério, salvo pela fé – que remove retoricamente montanhas –, baseada no mito Divino, da Ciência ou do Mercado que estruturalmente funcionam no mesmo lugar e podem aplacar a angústia, tamponar a falta, dos sujeitos, mas é incapaz de impedir o reconhecimento de seus limites. Por este motivo, Feyerabend[97] anda com acerto ao aduzir que as metodologias são incapazes de orientar adequadamente as atividades (ditas) científicas e os métodos devem ser vistos como ferramentas, utilizáveis conforme a necessidade, sem que se possa, assim, eleger definitivamente “o método",

---

[94] O discurso da constitucionalização das demais esferas do direito acaba sendo um tiro que saiu pela culatra. Com a justificativa de interesse público generalizado e ampliação do espectro constitucional, tudo passa a justificar a necessidade de intervenção para realinhamento às regras do mercado.

[95] AROSO LINHARES, José Manuel. A Unidade dos Problemas da Jurisdição ou As Exigências e Limites de uma Pragmática Custo/Benefício…, p. 161.

[96] O sintoma disto pode ser visto quando se defende a venda de órgãos humanos, de crianças no caso de adoção, a liberação da droga, enfim, uma série de pontos cujo único critério é o econômico e os seres humanos rebaixados à condição de simples mercadorias. A própria honra e a dignidade são cotadas nas diversas indenizações de danos (ditos) morais…

[97] FEYRABEND, Paul. Contra o método…

dada a “incomensurabilidade" dos paradigmas (Kuhn).[98] O que resta, pois, é o gume da linguagem e suas artimanhas retóricas, pelas quais apenas se pode cercar, sem nunca prender, a pletora de significantes.[99] Há limites de sentido nos textos normativos[100] que são desconsiderados em nome da finalidade maior da pragmatic adjudication.

Partindo-se do Mercado como Instituição necessária, mas não suficiente, o pensamento neoliberal reconhece a necessidade da manutenção do Estado, como uma ferramenta de conserto. Não como um agente econômico dirigente, mas garantidor reformado da Instituição maior: o mercado. Assim, desde este ponto de vista, há um caráter acessório do Sistema Jurídico. A sua função é a de reduzir os “ruídos/externalidades" capazes de impedir um utópico “custo zero” de transação. A intervenção do Estado somente é convocada como último recurso. Nesta perspectiva o Estado é reduzido em suas atividades, isto é, passa a ser um Estado Mínimo, permanentemente fixado para além das fronteiras do mercado. O Estado fica no “banco de reservas" sendo convocado a participar do jogo do mercado sempre que houver necessidade da redução/exclusão de ruídos internos em que a força, desde antes legitimada pelo Estado, possa se justificar; fica em posição de espera. A proeminência é a de mecanismos próprios do mercado e/ou privilegiando-se meios privados de resolução de conflitos (ADRs). Assim é que somente nos casos limites é que a convocação do Estado se faria presente, justificando o sacrifício da auto-regulação, mediante uma intervenção subsidiária. Consequência disto é a redução das possibilidades de intervenções estatais, sob o fundamento de que os próprios sujeitos – donos do direito de liberdade inalienável – possam buscar por si e no ambiente do mercado as melhores escolhas.[101] Somente as condutas lesivas ao ideal funcionamento do mercado poderiam ser implementadas, sempre na perspectiva de o

---

[98] RORTY, Richard. Pragmatismo..., p. 166: “Outra coisa é dizer, corretamente, que não há um terreno neutro e comum no qual um filósofo nazista e eu possamos nos encontrar e discutir nossas diferenças. Aos olhos desse nazista, eu sempre parecerei estar fugindo da discussão das questões cruciais, argumentando em círculos. Aos meus olhos, ele parecerá estar fazendo a mesma coisa.” O exemplo pode ser aplicável aqui. Um adepto da AED pode fazer a mesma crítica e vice-versa.

[99] MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008.

[100] MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). Diálogos Constitucionais…, p. 229 “As palavras da lei, porém, não são desprovidas de um valor que já antes se aceitava, razão por que foram utilizadas – em detrimento de outras –, sempre na doce ilusão de terem a capacidade de segurar o sentido. Nada seguram, todavia, como demonstram os infindáveis exemplos. Há, sem embargo, um conteúdo na lei, que se não pode ignorar.”

[101] CARTER, Lief. H. Derecho constitucional contemporaneo: la Suprema Corte y el arte de la política. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 181: “En esta perspectiva, la política debe conferir ‘derechos’ a aquellos que podrian ganarlos de todas formas en la competência privada, y concentrarse en minimizar los costos de las transacciones en negocios privados e en facilitar la compensación social.”

devolver ao seu funcionamento perfeito. O princípio unificador do Sistema é o vazio absoluto do mercado. Qualquer intervenção do Estado precisa estar justificada por "lesividades mensuráveis" do funcionamento do mercado. Não pode procurar intervir no funcionamento natural do mercado para o efeito de conferir direitos (sociais), na trilha de uma Justiça Social.

Posner,[102] ao se filiar parcialmente ao neopragmatismo, mantêm o legado dos clássicos (Pierce, James e Dewey), manipula a herança filosófica para, convocando Benjamin Cardozo,[103] justificar a intervenção judicial alinhada ao bem estar - social, enjeitando, assim, a tradição ocidental do racionalismo jurídico. O Judiciário seria composto por homens de acordos sobre a decisão correta no campo de uma - matriz de verdade diversa. Os textos jurídicos serão ferramentas para escolha da - melhor decisão conforme o critério econômico,[104] sem que os critérios hermenêuticos lógicos de um Direito, alicerçados em Direitos Fundamentais, possam oferecer a melhor resposta ao mercado. Dito de outra forma, a Law and Economics analisa o impacto jurídico na economia desde uma perspectiva interna, não de campos distintos. Implica em analisar as consequências do Direito na estrutura econômica, partindo de conceitos previamente dados sobre a conformação do Direito, de Justiça, de Teoria do Direito, de Moralidade, alterando o que estiver em desconformidade. O cotejo destes elementos é feito diante dos critérios de maximização do sistema econômico em detrimento a qualquer outro, especialmente de Justiça Distributiva. A escolha pela matriz filosófica do pragmatismo decorre justamente do acolhimento da deficiência de fundamentação em nome da finalidade. Posner defende a maximização de riqueza (do valor agregado a todos os bens e serviços, econômicos ou não-econômicos como a melhor justificativa filosófica da atuação do Sistema de Justiça. O valor significa o maior valor a que o que o titular do bem/serviço quer para dele se separar ou o que o não-titular está disposto a pagar para o ter. A riqueza, por sua vez, é o valor total dos bens/serviços (econômicos e não-econômicos) e é eficiente quando potencializada nos usos mais rentáveis, sem distinção entre Direitos

[102] POSNER, Richard A. Overcoming Law…, pp. 394-396.
[103] CARDOZO, Benjamin. N. A natureza do processo judicial. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
[104] MACHADO FILHO, Sebastião. Pragmatismo jurídico crítico de Ricard A. Posner e sua análise econômica do direito. Notícia do Direito Brasileiro, Nova Série n. 9, Brasília, pp. 79-94: "A interpretação dos textos legais não é um exercício de lógica, e seus limites são tão elásticos que põem em dúvida a utilidade dos conceitos. Os pragmatistas indagarão qual das possíveis soluções produzirá as melhores consequências, uma vez reconhecida a dificuldade da problemática natureza da interpretação das leis. (…) De outro lado, é improvável que um juiz pragmatista se comova com considerações sentimentais, como piedade, ou com tradições morais. Mas é sempre admissível que pelos menos alguma

Fundamentais e Direitos Patrimoniais. A AED, todavia, não pode ser reduzida a um método de interpretação eficiente. Ela é muito mais. Representa uma ruptura no modelo hermenêutico ocidental, tencionando encontrar-se num universo filosoficamente pragmático. Esta mudança da matriz filosófica é o meio pelo qual a lógica causa-efeito é desconsiderada, passando-se a usar o padrão da eficiência. A manipulação é maior se considerada deste o paradigma da Filosofia da Consciência. Já no caso da Filosofia da Linguagem, acolhida de bom grado neste escrito, o que se dá é a percepção de que os significantes são manipulados para se postarem de maneira diversa, mas vinculados ao significante um: a eficiência, a qual, de seu turno, modifica-se conforme as necessidades do caso. É uma forma de interpretar que parte de escolhas ideológicas pré-dadas, indiscutidas e encantadoras. A Justiça equivale ao significante eficiência e, portanto, pretende evitar que se aponte a fragilidade da teoria. Mas não consegue. Definitivamente.

Para concluir

Para terminar: A questão crucial: como reinventar o espaço jurídico-político nacional vinculado à noção de Soberania no contexto da globalização de hoje? Um dos caminhos é o da necessidade de suspender o espaço neutro da lei. A premissa ideológica do Mercado Livre, por seu centro vazio (absolutamente vazio) promove a busca de satisfação dos interesses particulares as quais, no conjunto de ações individuais, seria capaz de garantir um equilíbrio global. Enfim, perdem-se os registros Simbólicos de uma Referência, passando-se tudo ao sabor de um Mercado (re)flexível. O Mercado possui uma dimensão de risco inexorável[105]. Não se pode prever, com segurança, o resultado de um dia de "bolsa de valores" e as repercussões nas vidas das pessoas do mundo inteiro, dadas as repercussões

---

parte do discurso do formalismo legal – no que concerne à preocupação com uma rigorosa adesão aos precedentes judiciais – seja considerada como o melhor guia para a prolação da decisão judicial."

[105] FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999; HARDT, Michel; NEGRI, Antônio. Império. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001; VIERIA, Liszt. Argonautas da Cidadania. Rio de Janeiro; Record, 2001; Arnaud, André-Jean. Governar sem Fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da Razão Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; OHMAE, Kenichi. O fim do Estado-Nação. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1999; RANCIÈRE, Jacques. O ódio à Democracia. Trad. Fernando Marques. Lisboa: Mareantes, 2006; FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno. Trad. Carlo Coccioli et. São Paulo: Martins Fontes, 2002; SILVA, Karine de Souza. Direito da Comunidade Européia: Fontes, Princípios e Procedimentos. Ijuí: UNIJUÍ, 2005; LEGENDRE, Pierre. El Tajo: discurso a jóvenes estudiantes sobre la ciencia y la ignorancia. Trad. Irene Agoff. Buenos Aires: Amorrortu, 2008; SPENGLER, Fabiana

globais. O Mercado, por não possuir (e ser impossível) uma autoridade central, pela ausência de estratégia, acaba regulando a interação de maneira formal. Não raro os (perdidos) sujeitos buscam a redenção, ou segurança, em delírios coletivos, dentre os quais a Religião e as Teorias da Conspiração (da sociedade do risco[106], da poluição ambiental, do terror, etc), acabam se constituindo em ilusórios ancoradouros.

Giorgio Agamben aponta que o poder encontra-se na exceção, a saber, na possibilidade de que se exclua a regra de aplicação geral e se promova, para o caso, uma outra decisão. Este poder encontra-se indicado pela estrutura, segundo a qual, existe um lugar autorizado a escolher, o qual encontra-se, ao mesmo tempo, dentro e fora de uma estrutura jurídica, conforme o pensamento de Carl Schmitt, na interseção entre o jurídico e político. Esta distinção, todavia, entre jurídico e político precisa ser problematizada, não se podendo colocar, em absoluto, incomunicáveis, apesar de ocuparem lugares diversos (Zizek e Werneck Vianna). Neste pensar, segundo Agamben, "*o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal".*[107]

Com efeito, a representação Simbólica compartilhada da noção de Estado perdeu seu caráter de Referência, ou seja, não se trata mais de um centro, sob o qual giram as demais instituições[108] e pessoas, pois o centro – Estado – foi deslocado e não substituído pelo Mercado, justamente porque suas características, fundadas na liberdade extremada, sem regras, impede qualquer autoridade central[109]. Sem ela, já se sabe, não há limite. E sem limites, não há ilícito, nem ética que se sustente no espaço público. Por isto Boaventura de Souza Santos dirá: "*A erosão da soberania do Estado acarreta consigo, nas áreas em que ocorre, a erosão do protagonismo do poder judicial na garantia do controle da legalidade".*[110] Acrescente-se, de outro vértice, que a fusão "forçada" de tradições jurídicas

---

Marion. Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[106] O problema da crítica da sociedade do risco é que mantém o estatuto do sujeito da Modernidade, a saber, o da plena racionalidade, capaz de escolher e decidir ponderadamente sobre as suas ações.

[107] AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

[108] BADIOU, Alain. De um desastre oscuro: sobre el fin de la verdad de Estado. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

[109] CASTEX, Paulo Henrique. Os blocos econômicos como sociedade transnacional: a questão da Soberania. IN: BORBA, Paulo Casella. MERCOSUL: Integração Regional e Globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 291: "relações que não transitam necessariamente pelos canais diplomáticos do Estado, mas que influem nas sociedades e revelam que nenhum Estado é uma totalidade auto-suficiente."

[110] SANTOS, Boaventura de Souza. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O caso Português. Porto: Afrontamento, 1996, p. 29.

incrementa esta perda de referentes. A doutrina e jurisprudência de países estrangeiros, acompanhada dos órgãos internacionais, passam a influenciar, cada vez mais, a hermenêutica interna. Os protagonistas do processo decisório se valem de argumentos expendidos noutras tradições para decidir temas internos. A *internet* e as facilidades de pesquisa atuais, acrescidas da difusão acadêmica de algumas teorias, fornecem os meios para que sejam convocadas construções de outras tradições para compor o sentido interno. De um lado há uma atitude complementar e, por outro, subversão da ordem posta pela inserção de pressupostos filosóficos distintos, como é o caso da *Law and Economics*. Assim é que a noção de Soberania como um atributo rígido dentro de um território deixa de ser forte para se transformar num conceito fraco, em que o Estado não consegue mais, por si, sustentar. Neste espaço paradoxal, pois, resta apontar para o limite, dar-se conta do que se passa e, de alguma forma, resistir[111]!

[111] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 2ª ed., p. XXX.

POR UMA (RE) LEITURA GARANTISTA DO SISTEMA DE CONTROLE SOCIAL

Alexandre Morais da Rosa

Embora tenha sido editada uma nova Constituição em 1988 há um inescondível *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 como 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 Direitos Humanos em patamar capaz de dar eficácia imediata no campo de Controle Social. De sorte que há a necessidade de adequação da própria noção do 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[112]; (ii) resistência ao modelo eminentemente acusatório preconizado pela Constituição da República de 1988, com a manutenção de uma mentalidade inquistória; (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"[113]; (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.

Neste contexto, parece que se mostra necessário repensar as coordenadas simbólicas do campo do Direito e Processo Penal desde uma perspectiva critica, mas sem se descolar da práxis, ou seja, da possibilidade de diálogo entre o saber produzido no campo da universidade e o que acontece no plano da prática forense, não na perspectiva unitária, mas sim de um diálogo proveitoso, em que o ponto de partida seja a realização do Estado Democrático de Direito.

---

[112] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[113] MORAIS DA ROSA, Alexandre. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. Para um processo penal democrático: Crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.63-97.

Para este fim, pois, será acolhido o balizamento apresentando pelo "Garantismo Penal" de Luigi Ferrajoli[114], sem que ele se transforme em Religião[115], pois é passível de muitas criticas[116]. Partindo de uma sólida Teoria do Direito, Ferrajoli apresenta *quatro frentes* para compreensão de sua proposta[117]: (i) revisão da *teoria da validade*, diferenciando *validade/material* e *vigência/formal* das normas jurídicas; (ii) distinção entre as dimensões da Democracia entre formal e substancial, tendo os Direitos Fundamentais como índice; (iii) ratificação do lugar de garante do magistrado numa democracia mediante a sujeição do juiz à lei, não mais pela mera legalidade, mas da estrita legalidade, na qual a validade da norma (princípio e regra) devem guardar pertinência material e formal com a Constituição da República; e (iv) revisão do papel critico da *ciência jurídica* não mais com a missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando contornos críticos e de projeção ao futuro, superando a noção meramente técnica, a saber, reconhecendo uma responsabilidade do ator jurídico e não de singelo aplicador da norma.

Esta perspectiva teórica encontra esteio na Constituição da República dado que baseada na *dignidade da pessoa humana* e nos *Direitos Fundamentais*[118], os quais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação democrática da ação. Em face da supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CR, art. 5º, § 2º), como a brasileira de 1988, e do *princípio da legalidade*, a que todos os poderes estão submetidos, emerge a necessidade de garantir esses direitos a todos os sujeitos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam.

---

[114] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 2002, p. 29-680.

[115] PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. XXI: "O garantismo não é uma religião e seus defensores não são profetas ou pregadores utópicos. Trata-se de um sistema incompleto e nem sempre harmônico, mas sua principal virtude consiste em reivindicar uma renovada racionalidade, baseada em procedimentos que têm em vista o objetivo de conter os abusos do poder."

[116] PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) Le ragioni del garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993; QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas considerações críticas. In: SANTOS, Rogério Dultra dos. Introdução crítica ao estudo do sistema penal. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 117-127.

[117] FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías..., p. 20. Ressalto que não se deve confundir essa introdução com os três significados de "garantismo" indicados no capítulo 13 de FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 683-686.

[118] FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías..., p. 23-4: "Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoria puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer."

Há uma filiação à tradição de defesa dos Direitos Individuais em face do Estado, na linha Iluminista, sem se descurar das contingências históricas[119].

Neste pensar, Ferrajoli aponta quatro classes de direitos: (i) *Direitos Humanos*, os quais são os direitos primários das pessoas e concernem indistintamente a todos os seres humanos; (ii) *Direitos públicos*, que são os direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos; (iii) *Direitos civis*, os quais são direitos secundários adstritos a todas as pessoas humanas capazes de agir, tais como a liberdade de contratar, de negociar, de escolher e trocar de trabalho, vinculados à autonomia privada, na matriz capitalista de Mercado; e (iv) *Direitos políticos*, os quais são direitos secundários reservados exclusivamente aos cidadãos, no qual se baseia a representação e a democracia política[120]. A partir desta matriz e aprofundando a proposta, Ferrajoli propõe quatro teses em relação aos *Direitos Fundamentais*: (i) A diferença de estrutura entre *Direitos Fundamentais* e *Direitos Patrimoniais*, dado que os primeiros são vinculados a todos ou a uma classe de sujeitos, sem exclusão dos demais, enquanto os direitos patrimoniais, pela sua formulação, excluem todos os demais que não são titulares. Por certo o acordo semântico de *Direito Subjetivo* tem sido utilizado pelo Direito para ocultar as caraterísticas antagônicas que subjazem a esta classificação aparentemente homogênea, mas que esconde uma enorme heterogeneidade. Para comprovar tal assertiva, basta indicar: direitos inclusivos/exclusivos, universais/singulares, indisponíveis/disponíveis[121]; (ii) O respeito e implementação dos *Direitos Fundamentais* representam interesses e expectativas de todos e formam, assim, o parâmetro da igualdade jurídica, capaz de justificar a aferição da *democracia material*. Essa dimensão não é outra coisa senão o conjunto de garantias asseguradas pelo *Estado Democrático de Direito;* (iii) A pretensão supranacional de grande parte dos *Direitos Fundamentais*, uma vez que com as declarações internacionais, além do direito interno, uma ordem externa impõe limites externos aos poderes públicos; (iv) A relação entre *direitos* e *garantias*. Os *Direitos Fundamentais* se constituem em expectativas negativas ou positivas, as quais correspondem obrigações de prestação ou proibição de lesão – garantias primárias. A reparação ou sancionamento judicial constituem em garantias secundárias, decorrentes da violação das garantias primárias. A inexistência de garantias para

[119] CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 161.
[120] FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001, p. 22-23.

efetivação dos direitos, em suma, leva a uma lacuna que torna os direitos declarados inobservados[122].

Este retorno à *Teoria Geral do Direito* se mostra absolutamente importante desde que acolhidas as quatro teses, eis que implica revisão da estrutura do Direito Positivo, com reflexos inafastáveis no Direito Penal e Processual Penal. Revisitada, portanto, a formulação dos *Direitos Fundamentais*, restam fixadas as diferenças marcantes, consistente a primeira na circunstância de que os *Direitos Fundamentais* são universais, enquanto os *Direitos Patrimoniais* são singulares, excludentes dos demais. Aqui existe um titular determinado; nos *Direitos Fundamentais* todos o são. Não se diferencia *Direitos Fundamentais* pela qualidade ou quantidade, como se procede nos *Direitos Patrimoniais*. Os *Direitos Fundamentais* são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica, enquanto os *Direitos Patrimoniais* são exclusivos (se eu sou proprietário da casa, o outro não é). A segunda diferença é, talvez, a mais relevante. Os *Direitos Fundamentais* são indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos. Ao contrário, os *Direitos Patrimoniais* são disponíveis por sua natureza, negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam e aqueles permanecem invariáveis. Os bens se adquirem, trocam se e se vendem. As liberdades não se trocam nem se acumulam. O fato de serem indisponíveis impede que interesses políticos e/ou econômicos violem os *Direitos Fundamentais*; não se pode vender ou trocar sua liberdade. O ser humano os possui como tal, sem que lhe seja acrescido. Resultado disso é que se não pode alienar a vida, a liberdade pessoal ou o direito ao devido processo legal, por exemplo, mesmo que se queira. Em um processo-crime, não é admitida a confissão desprovida de outros elementos, como era na Inquisição, nem a negociação da responsabilidade penal (culpa acordada). É um limite insuperável. A terceira diferença, *consequência* da segunda, é que os *Direitos Patrimoniais* são disponíveis, podendo ser modificados, extintos, por atos jurídicos. Os *Direitos Fundamentais*, ao revés, são reconhecidos *ex vi legis*, por normas gerais, normalmente de *status* constitucional. Em suma, enquanto os *Direitos Fundamentais* são normas, os *Direitos Patrimoniais* são regulados por normas. A quarta diferença consiste em que os *Direitos Patrimoniais* são horizontais, os *Direitos Fundamentais* são verticais, em um duplo sentido. Enquanto umas são civilistas, privadas, decorrentes de relações intersubjetivas da esfera privada, as de *Direitos Fundamentais* são publicistas, do

---

[121] FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales..., p. 25.
[122] FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales..., p. 24-26.

indivíduo para com o Estado. Ademais, há que se considerar que os *Direitos Patrimoniais* são disposições de não lesão entre os particulares; já no caso de *Direitos Fundamentais*, sua violação repercute na invalidade de leis e decisões estatais[123].

A *Teoria Garantista* representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da *Constituição* como documento *constituinte* da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irredutível/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, aberto ao devir. A *Constituição* é uma disposição fundante da convivência e fonte da legitimidade estatal, não sendo vazio[124], mas uma coalizão de vontades com conteúdo, materializados pelos *Direitos Fundamentais*. A história do constitucionalismo é a progressiva ampliação da esfera pública de direitos, de conquistas e rupturas. Em outras palavras, a *Constituição*, nesta concepção *garantista*, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal. Como primeira emanação normativa do Estado, aponta os limites e obrigações dele[125], sem se perder de vista que é no processo de atribuição de sentido (concretização) que se realiza. É que ler a Constituição não sacia nem a fome, nem a sede, sendo necessário mais. E o futuro depende dessa decisão: concretizar a Constituição!

Assim é que a Constituição da República é a norma maior, sendo o fundamento de validade material e formal do sistema[126]. Advem disto o fato de que todos os dispositivos e interpretações possíveis, inclusive o de transformar substantivo em adjetivo – *exclusivamente* –, como acontece com o art. 144, § 4º, da CR, por exemplo, devem perpassar pelo seu controle formal e material, não

---

[123] FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales..., p. 30-34.
[124] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 95.
[125] DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 106, p. 28-29, abr./jun. 1990.
[126] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 224: "A Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico."

podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria – esfera do indecidível –, dado que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico para reforma, ciente, ainda, da existência de *cláusulas pétreas*. Na prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar *oxigenação constitucional*[127] de viés *garantista*, para aferição da *constitucionalidade material e formal* da norma jurídica[128]. É somente assim se dá a devida *força normativa à Constituição*[129]. No campo do Direito Penal o manejo do poder no 'Estado Democrático de Direito' deve se dar de maneira controlada, evitando a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder Estatal. Desta forma, para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os Direitos Fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque na assertiva de Binder: "*El poder es sumamente intenso y, por lo tanto, debe ser cuidadosamente limitado. Si la sociedad ha tomado la decisión de dotar a algunos funcionarios (los jueces) del poder de encerrar a otros seres humanos en 'jaulas' (las cárceles) esse poder no puede quedar librado a la arbitrariedad y la falta de control.*"[130]

Assim é que no modelo ideal de Ferrajoli são indicados *onze princípios* necessários e sucessivos de legitimidade do sistema penal e, desta forma, da sanção[131]. São eles: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova* e *defesa*. A ausência de um deles torna a resposta estatal, lida a partir do Garantismo, ilegítima, constituindo, cada um (dos princípios), *condição da responsabilidade penal.* São, assim, *prescritivas* de regras processuais ideais ao modelo garantista sem que o seu preenchimento *in totum* obrigue uma sanção; mas o contrário, pois somente com o preenchimento (de to)das implicações

---

[127] MORAIS DA ROSA, Alexandre. O que é garantismo jurídico. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 38.
[128] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise..., p. 271.
[129] HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 25.
[130] BINDER, Alberto M. Iniciación al Proceso Penal Acusatorio. Campomanes: Buenos Aires, 2000, p. 70.
[131] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 88: "Aqui bastará precisar que por 'pena' se deve entender qualquer medida aflitiva imposta juridicamente por meio do processo penal; por 'delito', qualquer fenômeno legalmente previsto como pressuposto de uma pena; por 'lei', qualquer norma emanada do legislador; por 'necessidade', a função de tutela de bens fundamentais que justifica as proibições e as penas; por 'ofensa', a lesão de um ou de vários de tais bens; por 'ação', um comportamento humano exterior, material ou empiricamente manifestável, tanto comissivo quanto omissivo; por 'culpabilidade', o nexo de imputação de um delito a seu autor, consistente na consciência e vontade deste para com aquele; por 'juridição', o procedimento mediante o qual se verifica ou refuta a hipótese da comissão de um delito; por 'acusação', a formulação de tal hipótese por parte de um órgão separado dos julgadores; por 'prova', a verificação do fato tomado como hipótese pela acusação e qualificado como delito pela lei; por 'defesa', o exercício do direito de contraditar e refutar a acusação."

deônticas do modelo é que o sistema está autorizado a emitir um juízo condenatório[132]. A classificação divide-se em: a) *garantias penais*: “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade”; e b) *garantias processuais*: “jurisdição”, “acusação”, “prova” e “defesa”. Em sendo a “pena" excluída do rol de garantias, por ser apenas uma possibilidade ao cabo do processo, o modelo ideal *full* é composto por dez axiomas, vertidos em latim: A1 *Nulla poena sine crimine/* A2 *Nullum crimen sine lege/* A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate/* A4 *Nulla necessitas sine injuria/* A5 *Nulla injuria sine actione/* A6 *Nulla actio sine culpa/* A7 *Nulla culpa sine judicio/* A8 *Nullum judicium sine accusatione/* A9 *Nulla accusatio sine probatione/* A10 *Nulla probatio sine defensione*. Estes princípios garantistas podem ser vertidos em axiomas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido *lato* ou no sentido *estrito*; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionaridade*, também no sentido *lato* e no sentido *estrito*; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.

A par disto, cada sistema concreto poderá ser avaliado como *de uma tendência* ao ’*direito penal mínimo’* ou ao ‘*direito penal máximo’*, conforme satisfaça as condições antes indicadas, investindo-o de *racionalidade* e *certeza*, na melhor tradição liberal. Garantismo e racionalidade encontram-se, pois, imbricados na pretensão de construir a legitimidade do sistema punitivo, mediante o estabelecimento de uma tecnologia apta e democraticamente sustentada pelos *Direitos Fundamentais*. Essa certeza/racionalidade buscada pelos Sistemas, divide-se, consoante cada modelo – máximo ou mínimo –, na seguinte opção segundo Ferrajoli: enquanto para o modelo máximo, a certeza deve impedir que “*nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido*”[133]; no caso do direito penal mínimo, a atuação se dá no sentido de que “*nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado*

[132] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 74: “Cada uma das implicações deônticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição sine qua non, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir.”

possa ficar impune."[134] Para o modelo *penal mínimo*, apesar da previsão em lei do tipo penal, somente se comprovada processualmente a conduta é que poderá se impor uma sanção, levando a sério a 'presunção de inocência.' De outra face, o modelo *penal máximo* golpeia esta garantia, na ilusão de colher nas malhas do direito penal todos os culpados[135].

Acrescente-se que o Poder Legislativo encontra, ainda, a barreira material dos Direitos Fundamentais em duplo sentido. Partindo-se do Direito Penal como última *ratio* (princípios da lesividade, necessidade e materialidade), a regulamentação de condutas deve se ater à realização dos Princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito, construindo-se, dessa forma, um modelo minimalista de atuação estatal que promova, de um lado, a realização destes *Princípios* e, de outro, impeça suas violações, como de fato ocorre com a explosão legislativa penal contemporânea, quer pelas motivações de manutenção do *status quo*, como pela 'Esquerda Punitiva'[136]. Discute-se, no contexto, a necessidade de uma teoria fundamentadora/justificadora da sanção[137]. Entretanto, a *pena*, longe de uma fundamentação jurídica, possui somente uma justificação política, de ato de força estatal. É afastada qualquer justificação, *retributiva* ou *preventiva*, da medida, conforme explicita o Garantismo Jurídico, na pena tupiniquim de Carvalho[138]. Relegada a discussão *abolicionista* (Foucault, Mathiesen, Christie e Hulsman)[139], assume-se a postura garantista-jurídico-penal, informada pelo *Princípio da Secularização* e da *Laicização* do Estado, da *Teoria Agnóstica da Pena*. Esta teoria, percebendo a imposição como ato de poder, tal qual a guerra[140], imputa ao direito

---

[133] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 84.
[134] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 85.
[135] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 441.
[136] KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, 1996; CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o Abolicionismo como meta, admitindo-se o Garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). Diálogos Sobre a Justiça Dialogal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 161-219.
[137] Evidentemente que muitas críticas podem ser elaboradas de diversos lugares teóricos e práticos, desde o abolicionismo até o Movimento da Lei e Ordem, para ficar somente em extremos, ambos na defesa de suas ideias, justificando-se a consulta de trabalhos críticos sobre o tema, alguns referidos no corpo do trabalho.
[138] CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de. Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 3-43.
[139] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
[140] CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena..., p. 36: "Entendida como fenômeno da política, a pena, assim como a guerra, não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Ambas (pena e guerra) se constituem através da potencialização da violência e da imposição incontrolada de dor e sofrimento."

penal a finalidade de redução das violências praticadas pelo Estado[141]. Existiria, portanto, uma dupla funcionalidade da sanção. Primeiro impedindo a vingança privada (abusiva e espúria), eis que quem é juiz em causa própria se vinga desmesuradamente – baluarte Iluminista e constante no pensamento do contratualista Locke[142]. Em segundo lugar restringindo a manifestação do poder político estatal (pena) se dê sem limites, violando os Direitos Fundamentais, nos exatos limites da estrita legalidade. Nada, absolutamente nada de retribuição ou prevenção (geral ou especial), consoante afirma Ferrajoli: "*O paradigma do direito penal mínimo assume como única justificação do direito penal o seu papel de lei do mais fraco em contrapartida à lei do mais forte, que vigoraria na sua ausência; portanto, não genericamente a defesa social, mas sim a defesa do mais fraco, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução, é o réu.*"[143]

Para o atendimento desta pretensão necessária a releitura efetuada do 'Princípio da Legalidade' não mais somente verificável pela edição formal da norma jurídica (mera legalidade, vigência), mas principalmente pelo preenchimento dos dez axiomas garantistas (estrita legalidade, validade). O 'Princípio da Legalidade' precisa, então, ser relido, não bastando mais a simples previsão legal do tipo penal, dado que essa legalidade formal é fonte, em alguns casos, de um direito penal *substancialista*. Assim é que o Direito Penal *secularizado* precisa indicar tipos penais regulamentares, isto é, que se vinculem ao mundo da vida, impedindo, assim, que o processo sirva de mero simulacro. Dito de outra forma, as adjetivações ou perseguições tópicas, como no caso de 'bruxas', 'subversivos', 'hereges', 'inimigos do povo'[144] (ainda presentes formalmente, por exemplo, na Lei de Contravenções

---

[141] CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena..., p. 32-33: "Ao representar o modelo minimalista de redução das penas, [o garantismo] rompe com a tradição da doutrina penal em direcionar todo o escopo da sanção à prevenção de novos delitos, tanto pela via individual (prevenção especial positiva) como pela coletiva (prevenção geral negativa). Ao contrário dos modelos defensistas que demonizam o autor do ilícito penal, utilizando a pena como forma de tutela social, o modelo garantista recupera a funcionalidade da pena na restrição e imposição de limites ao arbítrio sancionatório judicial e administrativo."

[142] CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias..., p. 42: "O raciocínio de Locke se desenvolve desta forma em quatro assertivas: as leis naturais podem ser violadas; as violações das leis naturais devem ser punidas e os danos reparados; o poder de punir e de exigir reparação cabe, no estado de natureza, à própria pessoa vitimada; quem é juiz em causa própria habitualmente não é imparcial e tende a vingar-se em vez de punir."

[143] FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002, p. 32.

[144] DAL RI JÚNIOR, Arno. O Estado e Seus Inimigos: a repressão política na história do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Penais[145]), dentre outros, estão expungidas do Direito Penal Garantista por não se vincularem a condutas possíveis, mas a elementos constitutivos do sujeito[146]. É preciso que o tipo penal prescreva uma proibição, modalidade deôntica, sob pena de deslegitimação *epistemológica* do próprio tipo penal. Esses elementos decorrem da *secularização* do Estado (e do Direito Penal) contemporâneo, o qual deixa de lado os aspectos ditos 'intrínsecos' da conduta, adjetivada de *imoral*, *anormal* ou *abjeta*, para se resumir, no Estado Democrático de Direito, à expressa previsão legal do tipo penal, ou seja: "*é aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula* nulla poena et nullum crimen sine lege."[147] Agrega-se ao primeiro a impossibilidade de se analisar o interior (subjetividade do agente) – sempre arbitrária – nem o julgar por seus antecedentes ou conduta social, como fazia o 'direito penal do autor', restringindo-se democraticamente o objeto para "*figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica:* nulla poena sine crimine et sine culpa*."*[148] No tipo penal do autor inexiste conduta 'regulativa' a ser comprovada, senão situações 'constitutivas' da personalidade do acusado, independentemente da existência de 'ação' e 'ofensividade', sendo, pois, *substancialista*[149].

Partindo-se do Direito Penal como última *ratio*, ou seja, como o último recurso democrático diante da vergonhosa história das penas[150], brevemente indicadas como de *morte*, *privativa de liberdade* e *patrimonial*, excluída a primeira pois desprovida de qualquer fim ou respeito ao acusado, as demais se constituem em técnicas de privação de bens, em tese, proporcional à gravidade da conduta em relação ao bem jurídico tutelado, segundo critérios estabelecidos pelo Poder Legislativo, na perspectiva de conferir caráter *abstrato* e *igualitário* ao Direito Penal. Ferrajoli sublinha: "*A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante*

---

[145] COPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 185-186.

[146] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 31: "Com caráter 'constitutivo' e não 'regulamentar' daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os 'desocupados' e os 'vagabundos', os 'propensos a delinqüir', os 'dedicados a tráficos ilícitos', os 'socialmente perigosos' e outros semelhantes."

[147] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 30.

[148] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 30.

[149] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 80. "Substancialismo e subjetivismo, além disso, alcançam as formas mais perversas no esquema penal do chamado tipo de autor, onde a hipótese normativa de desvio é simultaneamente 'sem ação' e 'sem fato ofensivo'."

[150] FOUCAULT, Michael. Resumo dos cursos do Collège de France. Trad. Andrea Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 11-44; FOUCAULT, Michael. Vigiar e punir. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2000. Com Foucault pode-se também ter uma dimensão das atrocidades praticadas em nome da aplicação de sanções, basicamente de quatro formas: a) exílio/banimento; b) compensação/conversão em pecúnia; c) marca física ou exposição vexatória; e d) enclausuramento.

para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos."[151] Na sua proposta, Ferrajoli aponta para a construção de um 'direito penal mínimo', entregando para outros mecanismos de resolução de conflito – leia-se extra-penais – cuja necessidade de intervenção, via aparelho repressor penal não esteja devidamente justificada. Este critério *utilitarista reformado* e *humanitário* procura garantir, também, que o sujeito não seja submetido às imposições totalitárias de índole moralizante, uma vez que o discurso da reeducação é anti-democrático[152]. Assim é que somente nos casos em que os 'efeitos lesivos' das condutas praticadas possam justificar os custos das penas e proibições, as sanções estariam autorizadas.

Consequência direta desse princípio é a redução do número de tipos penais, a diminuição do tempo das sanções, as quais por serem longas demais, excluem o sujeito da sociedade e são desumanas, mormente nas condições em que são executadas, bem como a deslegitimidade das sanções pecuniárias e dos 'crimes de bagatela', que não justificam nem mesmo a instauração do processo[153], além dos de cunho moralizante. Por isto que: "*Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito*

---

[151] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 310.

[152] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 319: "Que não reeduque, mas também que não deseduque, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas."

[153] GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Ofensividade no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; BUENO DE CARVALHO, Amilton. Garantismo Penal aplicado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 225-230; BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

penal."[154] A aplicação de uma sanção exige a *lesividade mensurável do resultado da ação*, lida a partir dos seus efeitos. Esta é a carga do princípio da 'lesividade'. Isto porque as palavras 'dano', 'lesão' e 'bem jurídico' demandam uma atribuição de sentido, um preenchimento semântico, vinculado aos fundamentos do direito de punir, ou seja, "*com os benefícios que com ela se pretendem alcançar."*[155] Resumindo a discussão sobre os equívocos da evolução do conceito de 'bem jurídico', o qual deixou de ter como referencial o ponto de vista externo, na direção contrária do pensamento 'Iluminista', passando a tutelar situações de ordem interna e autoritárias[156].

Com efeito, resta arredada a possibilidade da fixação, pelo Estado, de um modelo único de comportamente interno, de pensamento, enfim, totalitário, abrindo-se espaço para a construção da *alteridade*, dos direitos do cidadão a partir do '*princípio da tolerância'*, possibilitando o direito de pensar – liberdade de consciência – conforme as próprias convicções morais e éticas[157], e tendo como parâmetro de atuação penal somente os efeitos da ação e jamais as potencialidades hipotéticas. Resta tutelada a liberdade da construção da singularidade da personalidade (ser perverso, mau, imoral, perigoso), até porque essas ilações jamais poderiam ser objeto de um processo garantista, devido à impossibilidade de reconstrução da conduta, ademais, inexistente. Não é sem motivo que Ferrajoli anota: *"Fica, pois, claro que o princípio da materialidade da ação é o coração do garantismo penal, que dá valor político e consistência lógica e jurídica a grande parte das demais garantias."*[158] Embora seja fundamental a existência *material* da ação, desde o século XIX duas teorias solaparam esta garantia. A primeira fomentadora de um 'delinqüente natural' e de uma 'Defesa Social', construída sobre a nefasta e insustentável noção de 'periculosidade', a qual é aquilatada (!?) por critérios pseudo-científicos e absolutamente insustentáveis epistemológica e democraticamente,

---

[154] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 373.
[155] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 374.
[156] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 376
[157] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 385. "Observado em sentido negativo, como limite à intervenção penal do Estado, este princípio marca o nascimento da moderna figura do cidadão, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, mas imune, em seu ser, a limites e controles; e equivale, em razão disso, à tutela da sua liberdade interior como pressuposto não somente da sua vida moral mas, também, da sua liberdade exterior para realizar tudo o que não esteja proibido. Observado em sentido positivo, traduz-se no respeito à pessoa humana enquanto tal e na tutela da sua identidade, inclusive desviada, ao abrigo de práticas constritivas, inquisitoriais ou corretivas dirigidas a violentá-la ou, o que é pior, a transformá-la; e equivale, por isso, à legitimidade da dissidência e, inclusive, da hostilidade diante do Estado; à tolerância para com o diferente, ao qual se reconhece sua dignidade pessoal; à igualdade dos cidadãos, diferenciáveis apenas por seus atos, não por suas ideias, por suas opiniões ou por sua específica diversidade pessoal."
[158] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 387.

cujos herdeiros saudosistas ainda frequentam, diariamente, os foros. De outro lado, o 'tipo de autor', no qual a ação é reduzida ao analisar a personalidade do agente, livre de qualquer ação, com claros propósitos ideológicos[159].

Atrelado à concepção de *racionalidade* e *consciência*, próprio da *Modernidade*, o 'princípio da culpabilidade' é entendido como a decisão preliminar e *consciente* acerca da vontade de agir, de intencionalmente compreender e proceder – elemento subjetivo – em face de uma regra regulativa. Essa decisão consciente contrapõe-se aos modelos que aceitam a responsabilidade penal sem culpa ou intenção: responsabilidade objetiva. Aponta como fundamentos políticos externos a ação material, seu caráter intimidatório, a possibilidade de previsão do agir social conforme as regras e as únicas (condutas) que podem ser logicamente proibidas. Suas modalidades são o *dolo* e a *culpa*, com as diversas classificações doutrinárias possíveis. O importante é que deva ser imputável a causa à ação decorrente de ato de vontade[160], dado que há uma necessária diferença entre 'culpabilidade' e 'responsabilidade', dado que esta é a sujeição à sanção como conseqüência da conduta. O dilema metafísico do 'determinismo' e do 'livre-arbítrio' resta superado, contudo, pelo Sistema Garantista (SG). Para os 'deterministas' a pessoa *não poderia ter agido de outra forma*, já que sua ação está condicionada a outros elementos que independem de sua vontade; o agente é objetificado. De outra face, os partidários do 'livre-arbítrio' entendem que se não há um elemento externo capaz de abalar a capacidade psíquica do agente, este *poderia ter agido de forma diferente*. Ambas concepções desconsideram o caráter material da ação, abrindo ensejo para práticas antigarantistas. Ferrajoli sublinha que "*a consequência é que no primeiro caso temos*

---

[159] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 389: "Em ambos os casos, as vias do substancialismo coincidem, como sempre, com as do subjetivismo: por um lado, deliquente nato e tipo criminológico; por outro, personalidade inimiga ou desleal e tipo normativo do autor. A crise da ação como garantia marca uma desvalorização da pessoa humana, degradada à categoria animal, em um caso, e sublimada e negada, no outro, por meio de sua identificação com o Estado. Trata-se da restauração de um substancialismo laico, que substitui o substancialismo jusnaturalista pré-moderno, mas que volta a descobrir o malum in se na pessoa desviada: e isso não como oferenda à velha moral religiosa e ultraterrena, senão às leis da evolução e seleção do organismo social ou, pior ainda, à ética ou à mística do Estado.".

[160] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 392: "Sem adentrarmos na discussão das inumeráveis opiniões e construções sobre a matéria, parece-me que esta noção – que corresponde à alemã de Schuld e à anglo-saxã de *mens rea* – pode ser decomposta em três elementos, que constituem outras tantas condições subjetivas de responsabilidade no modelo penal garantista: a) a personalidade (ou 'suitá' da ação), que designa a susceptibilidade de adstrição material do delito à pessoa do seu autor, isto é, a relação de causalidade que vincula reciprocamente decisão do réu, ação e resultado do delito; b) a imputabilidade ou capacidade penal, que designa uma condição psicofísica do réu, consistente em sua capacidade, em abstrato, de entender e de querer; c) a intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito, que designa a consciência e a vontade do delito concreto e que, por sua vez, pode assumir a forma de dolo ou de culpa, segundo a intenção esteja

um resultado sem culpa e, no segundo, uma culpa sem resultado, destituída da mediação, e, em qualquer dos casos, da ação culpável."[161] Corolário do 'determinismo' é a objetificação do sujeito e a preparação do Estado na 'Defesa Social' das personalidades desviadas e a construção do conceito de 'periculosidade', o qual vem de encontro à construção histórica da culpabilidade. Já o 'livre-arbítrio' deixa espaço para julgamento subjetivo do agente, como se fazia no 'direito penal do autor', isto é, da culpa do homem e não de sua ação[162].

Para o 'princípio da culpabilidade' propugnado por Ferrajoli, são necessários dois requisitos: a) que o proibido decorra de uma comissão/omissão verificável numa ação regulativa e não da subjetividade do agente; e b) que *ex ante* haja possibilidade desta comissão/omissão. Esta opção deixa de ser vista desde uma percepção ontológica, passando a ser deontológica de 'eleição' entre possibilidades de 'ação' e não de 'ser'[163]. Arredada, pois, a ideia de se imiscuir na personalidade do agente, perdem sentido as construções sobre a 'capacidade criminal', 'reincidência', 'tendência para delinqüir' e outras preciosidades totalitárias e anti-democráticas construídas com base nas concepções criticadas e marcantemente substancialistas e discricionárias, como se verifica nos crimes de *associação*, por exemplo. Neste contexto garantista é que se pode analisar o panorama do estado da arte no Brasil, tarefa, todavia, para continuar-se no cotidiano das violações diárias, palco dos dilemas de infetividade constitucional.

---

referida à ação e ao resultado ou somente à ação e não ao resultado, não querido nem previsto, embora previsível."

[161] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 395.

[162] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 397: "A força sedutora dessa duas orientações provém do fato de que seus efeitos antigarantistas – ademais de ser reflexo, como todos os esquemas substancialistas, do obscuro lugar-comum do delinqüente como 'diferente' ('doente' ou 'inimigo'), ao qual se tem de enfrentar enquanto tal – parecem estritamente coerentes com as duas hipóteses filosóficas que lhes dão impulso e que se beneficiam, por sua vez, do aparentemente óbvio: o determinismo e a não liberdade de querer que fazem com que sintamos injusta a culpabilização subjetiva do agente por ações independentes de sua vontade e que sugerem seu tratamento como se fosse um doente ou um animal perigoso; o livre-arbítrio não condicionado, que torna paralelamente injusto limitar o objeto da pena às manifestações contingentes e casuais do autor, em lugar de estendê-lo à sua personalidade perversa, investigando-a e castigando-a por sua forma geral de ser."

[163] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão..., p. 399-400: O livre-arbítrio (...), como pressuposto normativo da culpabilidade, corresponde, em definitivo, ao atuar – ou, caso se prefira, ao querer –, mas não ao ser do agente. Isso não impede, obviamente, que se use a palavra 'culpável' para referir-se a uma pessoa, ainda que se não o faça para designar uma 'propriedade' (Tício é, em si, culpável), senão somente sua relação com uma conduta (Tício é culpável de uma ação)..

A *Doutrina do Choque* segundo Naomi Klein: as relações contemporâneas entre Economia e Política no cenário sedutor do caos

Julio Cesar Marcellino Jr

Introdução

"*Este livro é uma contestação da suposição mais fundamental e acalentada da história oficial – a de que o triunfo do capitalismo desregulado nasceu da liberdade, de que mercados não regulados caminham passo a passo com a democracia. [...] essa espécie fundamentalista de capitalismo foi parida pelas formas mais brutais de coerção infringidas tanto sobre o corpo político coletivo quanto sobre os incontáveis corpos individuais. A história do livre mercado contemporâneo – mais bem compreendida como ascensão das corporações – foi escrita com choques*", é o que diz Naomi Klein, em seu *A Doutrina do Choque: a ascensão do Capitalismo de Desastre*[164].

Klein, uma experiente jornalista canadense que fez a cobertura como correspondente da Guerra do Iraque e das conseqüências do tsumani na Ásia, procura em sua obra denunciar o fenômeno político econômico mais devastador de toda a história da humanidade: o capitalismo voraz corporativo que se alimenta de catástrofes climáticas, guerras e crises (provocadas ou não). E dar conta disso, tornou-se fundamental.

Nunca se viveu tempo de tamanha conturbação social e caos político - e nisso não há muita novidade. No entanto, a questão mais intrigante e que se contrapõe a todas as experiências do passado, é que nunca houve tanto crescimento da economia, mesmo diante deste cenário desolador de tragédias que nos cerca[165]. No passado, guerras e catástrofes levavam os países envolvidos normalmente a enfrentar sérias crises financeiras e dificuldades de toda a ordem, atingindo em cheio o setor empresarial corporativo.

Hoje, pasmem, as coisas são diferentes. Mesmo diante de todo o cenário crítico de nossos tempos, nunca o setor corporativo se deparou com tamanha

[164] KLEIN, Naomi. A Doutrina do Choque: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p. 28.
[165] Esse foi o chamado '*Dilema de Davos*', tratado no Fórum Mundial Econômico de 2007, em Davos, Suíça.

lucratividade. Claro. É que Klein esclarece, em sério tom de denúncia, que se instaurou em sociedade uma nova racionalidade político-econômica - que já vinha sendo construída ao longo das últimas três décadas. Este novo pensar trouxe como conseqüência o que ela denomina de *Estado corporativo*, um modelo político-econômico idealizado pelos mentores do neoliberalismo, onde o setor empresarial invade a esfera pública usurpando funções típicas para elevar seus lucros e fazer o aparato estatal refém do mercado, sempre em detrimento de uma figura estatal interventora e finalística. Trata-se, nada mais nada menos, do *Estado-sócio*, que serve ao setor corporativo a partir de uma perversa lógica de preservação da 'paz' e da 'liberdade'.

O fato novo - e diga-se de passagem, perturbador - é que o atual estágio do capitalismo neoliberal se alimenta não da 'espontaneidade equilibrada' do mercado de outrora[166], e sim de eventos climáticos e conflitos trágicos à humanidade, formando um *mercado específico*. Tsunamis, guerras, conflitos, crises econômicas não são mais tratados como algo a ser superado, evitado. Tornam-se, sim, eventos desejáveis diante da nova perspectiva, no melhor estilo Friedmaniano, de *oportunidade* para implementação de medidas político-econômicas que tornam o Estado cada vez mais subserviente ao mercado e que, em tempos normais, enfrentaria a resistência da opinião pública por serem manifestamente vilipendiadoras de direitos fundamentais. Nesse contexto, o elemento, não menos perturbador, é a sistematização da violência - física e simbólica - como *método de choque* para impor uma racionalidade de meios que evita resistências[167].

O Direito assume papel preponderante na construção e mantença desse projeto contemporâneo corporatista. Especialmente os chamados *Direitos Humanos*, cunhados pelo anestesiante discurso 'humanitário' capitaneado pela ONU, que não mais esconde ou mascara sua função direcionada e manipuladora, longe dos objetivos 'formais' traçados em *Bretton Woods*. Em verdade, é esse discurso institucional-corporativo que legitima e oferece o respaldo entorpecente para que o capitalismo de choque avance em escala global. E os dias atuais testemunham a última fase desse avanço: a conquista do oriente médio que está em pleno curso.

De fato, não é mais possível tratar sobre as relações entre economia, política e direito sem considerar esse fenômeno denominado por Klein, com inspiração na obra e prática de Friedman, como *Doutrina do Choque* – sob pena de

[166] Na perspectiva da teoria clássica da economia.
[167] O que Friedman chama de *tratamento do choque* ou *terapia do choque*.

se legitimar o sistema através de discussões estéreis que somente atacam questões periféricas. Esta racionalidade está aí e de há muito tempo. Conhecê-la, discuti-la e denunciá-la torna-se imprescindível para compreender tal contexto e nosso papel nesse ambiente. Especialmente para que se possa estabelecer, tal qual Klein, as devidas *conexões* entre a ditadura de Pinochet, a Guerra do Iraque e o Furacão Katrina, desvelando o fio condutor que mantém a cruzada contemporânea do livre mercado. Adiante, pois.

O *Choque* como paradigma fundamental para a Economia e a Política: Friedman e o neoliberalismo como receituário 'terapêutico'

O desafio dos neoliberais, a partir daquele período pós-segunda guerra mundial, era desmantelar o Estado, rompendo com a racionalidade construtivista racional – e até então dominante -, tendo, em verdade, como alvos privilegiados o trabalhismo e os sindicatos, que eram particularmente fortes na Inglaterra. Duas grandes frentes iniciais são constituídas para cumprir tal desiderato. A primeira com a *Conferência de Bretton Woods*, em 1944, que, antevendo a vitória nos campos de batalha da Europa, reuniu, sob o comando dos Estados Unidos, 44 países para determinar as novas regras do jogo econômico global, de modo a estabelecer a prevalência do mercado sobre os Estados. E a segunda frente, com a fundação, em 1947, da *Société du Pèlerin*[168], sob o comando de Friedrich August Von Hayek[169], que reuniu periodicamente vários estudiosos, entre eles Milton Friedman[170], para estabelecer um marco teórico e também político de combate ao modelo de Estado de bem-estar e ao keynesianismo[171], que ganhara força e reconhecimento após a depressão de 1930, com suas contribuições ao *New Deal* de Nixon.

---

[168] Ainda hoje em pleno funcionamento 'global', em defesa do livre mercado. Conferir: www.montpelerin.org.

[169] HAYEK, Friedrich August Von. O Caminho da Servidão. Trad. e revis. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, e Liane de Morais Ribeiro. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990; e _____. Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem. Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Vol I. São Paulo: Visão, 1985.

[170] FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

[171] De se explicar que "Keynes é o arquiteto intelectual do New Deal e do moderno Estado de bem-estar", e defendeu um projeto de economia capitalista mista (mercados regulados pelo Estado) muito prestigiado no pós-depressão de 1930. No entanto, Hayek e Friedman "pacientemente mantiveram acesa a chama de uma versão pura do capitalismo, desembaraçada das tentativas keynesianas de partilhar a riqueza coletiva para construir sociedades mais justas". KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 27 e 30.

A partir de então o neoliberalismo se torna sistematicamente estudado e difundido para alcançar a condição de ideologia combativa às idéias de cunho socialista ou estatalista. No entanto, é com a ascenção de Margareth Thatcher, em 1979, e Ronald Reagan, em 1980, ao poder, respectivamente na Inglaterra e EUA, que o neoliberalismo encontra terreno fértil para florescer como modelo hegemônico fora dos limites territoriais do Conesul[172]. Em suas administrações, houve o estabelecimento prioritário do *monetarismo* com a conseqüente adoção da tríade do receituário neoliberal: privatização, desregulamentação e corte de gastos públicos.

O que se percebe, já no início da implementação do neoliberalismo no ocidente é sua íntima relação com o *choque*. Klein mostra que esse modelo político-econômico tão somente é implementado ou mantido com respaldo de violência, exatamente nos termos desenvolvidos por Friedman. A autora explica que "*num de seus mais influentes ensaios, Friedman elaborou em termos teóricos a tática nuclear do capitalismo contemporâneo, que eu aqui denomino de doutrina do choque. Ele observou que 'somente uma crise – real ou pressentida – produz mudança verdadeira'. Quando a crise acontece, as ações que são tomadas dependem das idéias que estão à disposição. Esta, eu acredito, é a nossa função primordial: desenvolver alternativas às políticas existentes, mantê-las em evidência e acessíveis até que o politicamente impossível se torne o politicamente inevitável*'"[173].

Trata-se, em realidade, de um método que inaugura o novo paradigma para o capitalismo, por ela chamado *Capitalismo de Desastre*. Seria decorrência dos "[...] *ataques orquestrados à esfera pública, ocorridos no auge de acontecimentos catastróficos, e combinados ao fato de que os desastres são tratados como estimulantes oportunidades de mercado*[...]."[174] Estava, pois, desvelado o motor de propulsão do neoliberalismo contemporâneo que, desde sua 'fundação', jamais poupou esforços e vidas humanas para consolidar a ideologia corporatista de maximização de riquezas.

O *choque*, em realidade, se refere a um estado psíquico que se pretende instaurar as massas no sentido de não somente vulnerabilizá-las para oferecer menor ou nenhuma resistência às mudanças econômicas (*choque econômico*). O objetivo é, através do choque – que causa imensa desorientação e desordem mental -, provocar uma real 'limpeza' de modo a 'remodelar', 'reescrever' o sujeito. Não por

---

[172] A primeira experiência do neoliberalismo no formato Hayek-Friedman ocorre em 1973, no Chile. Este é o modelo que se queria transplantar para a Europa e EUA através dos chefes de governo então eleitos.
[173] KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 16.

acaso as técnicas de choque Friedmanianas se inspiraram nos eletrochoques recomendados pelos experimentos do psiquiatra Ewen Cameron. Cameron, desenvolvendo 'pesquisas científicas' procurou através da tortura (física e psíquica) e dos eletrochoques conseguir reescrever a mente humana, de modo a despersonalizar os sujeitos[175]. O objetivo era transformar os sujeitos em seres humanos no formato *Mulsulmán*[176], esvaziados, obedientes, sem ideologias. Até mesmo a CIA passou a utilizar tais técnicas - compiladas no *Manual Kubark*[177] - para procedimentos de interrogatórios.

A partir daí o choque se torna método sistemático e, em sua concepção, justificável para a implementação e/ou manutenção do neoliberalismo no mundo. Friedman, que já havia iniciado uma cruzada ideológica através da academia Chilena, especialmente por meio da conservadora Universidade Católica do Chile[178], levando seus economistas a povoarem não somente o meio acadêmico, mas também setores do Estado, obtiveram poucos resultados na introjeção do neoliberalismo através do debate de idéias. Para Friedman não restava dúvida. Era necessário criar um fato que pudesse pôr em choque a população de modo a viabilizar as medidas que Allende recusava-se aceitar. Assim é que, Washington apoiou o golpe de Estado em que Pinochet seria alçado ao poder. Estava, pois, inaugurada a primeira fase da doutrina do choque, que institui do *Estado Corporatista*[179], e deflagrada a violência em Santiago, com todos os requintes de crueldade do *Manual Kubark*. Enquanto o povo era aterrorizado pelas torturas, mortes e desaparecimento, "*el tijolo*", programa econômico neoliberal que já estava

---

[174] KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 15.

[175] Com Klein: "Cameron acreditava que ao infligir uma sucessão de choques no cérebro humano poderia desfazer e apagar mentes defeituosas, e depois reconstruir novas personalidades naquele espaço vazio. [...] o único caminho para ensinar aos pacientes um novo comportamento saudável era entrar em suas mentes e 'destruir os moldes patológicos existentes'". KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 41 e 43.

[176] *Mulsumán* era o estágio final de total esvaziamento psíquico dos judeus nos campos de concentração nazistas. Conferir: AGAMBEN, Giorgio. Quel che resta di Auschwitz: L'archivio e il testimone. Bollati Boringhieri: Torino, 2007.

[177] Trata-se de um método padrão utilizado pela CIA em "interrogatórios de fontes resistentes", que utiliza as técnicas desenvolvidas pelo psiquiatra Cameron para desmantelamento da mente humana: eletrochoques, super estímulo de sentidos (luz, som, latidos de cães, obstrução do sono, isolamento...). KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 51.

[178] De se registrar que a Universidade do Chile, a mais importante do país, foi a primeira a ser assediada. No entanto, o reitor recusou o intercâmbio acadêmico com a Universidade de Chicago nos termos propostos por Friedman. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 76-77.

[179] Ela chama o modelo de Estado previsto por friedman e implantado pela primeira vez no Chile de 'Estado Corporatista'. É o modelo onde as elites se unem a políticos de qualquer partido para combater os trabalhadores como força política organizada. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 226.

pronto esperando a *oportunidade* de entrar em cena, era implementado de uma só vez e com toda a amargura que lhe é peculiar[180].

Logo após os anos de ditadura-choque instauradas no Conesul, era preciso de um fato novo que pudesse re-instalar a desorientação coletiva tão necessária à obtenção dos lucros corporativos. Assim é que, como a segunda fase doutrinária do choque, as *agudas crises econômicas* (provocadas ou não), que de regra colocam países de joelhos, passaram também a serem vistas como *oportunidades* adequadas para de impor o receituário do ultra-liberalismo. Nesse sentido, deve-se lembrar, o FMI e Banco Mundial, com suas políticas estruturais passaram a exercer papel fundamental. Como se sabe, os países que se encontram em crise, e isto foi um método praticamente paradigmático na década de 70, 80 e 90, e que precisam dos recursos das instituições de *Bretton Woods*, acabam tendo que assumir o compromisso de implementar um pacote de choque econômico à la Friedman[181]. Se a crise não acontecesse naturalmente, segundo os neoliberais, ela deveria ser deliberadamente 'criada'[182]. A América Latina durante muitos anos foi refém desse sistema[183]. Foi, aliás, nesse período que ocorreu a maior pilhagem das riquezas latino-americanas desde o processo colonial.

E em países que não estivessem sofrendo uma grave crise econômica, como fariam os neoliberais para implementarem suas idéias e escancararem o lucro? Sem problemas. A desordem e a desorientação serão obtidas através de um *conflito armado*, uma *guerra* de preferência, com as maiores dimensões possíveis. Essa é a terceira fase apontada por Klein. Esse recurso, em realidade, foi utilizado

---

[180] KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 76-77. O recurso lingüístico-metafórico que compara os 'problemas econômicos' com 'doenças' e a solução com 'terapias' e 'remédios' é sutilmente utilizada pelos neoliberais. O próprio Friedman se considerava um 'médico que oferecia conselhos técnicos a governos doentes'. Essa linguagem, conforme explica Klein, "pertence ao mesmo constructo intelectual que permitiu aos nazistas alegar que matando os elementos 'doentes' da sociedade eles estavam curando o 'corpo nacional'". KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 138

[181] Mesmo sabendo que as privatizações em nada poderiam melhorar as debilitadas economias, faziam parte do 'pacote' condicional para a concessão dos empréstimos financeiros. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 198 e 199.

[182] John Willianson, homem forte do FMI, e que cunhou a expressão 'Consenso de Washington' defendia a "*hipótese de crise*", a criação de crises artificiais, pseudo-crises. Seria isso que levaria os paises resistentes à 'liberdade'. Perceba-se o descaramento quando Williamson menciona o Brasil em um de seus pronunciamentos: "*Por exemplo, já foi sugerido algumas vezes, no Brasil, que seria válido alimentar a hiperinflação de modo a apavorar todo mundo e forçar a aceitação das mudanças*".KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 303. (Grifos nossos).

[183] Klein explica que os países da América Latina foram propositalmente golpeados por Washington através do que ficou conhecido como *Choque de Volcker*. Volcker, então o presidente do Banco Central norte-americano, determinou a dramática elevação da taxa de juros dos Estados Unidos (fazendo-a chegar a 21% até meados dos anos '80) o que criou dificuldades para os estadunidenses (fechamento de várias empresas). Não importava. O objetivo era vergar as vértebras dos *latinos*. Assim nascia a espiral do endividamento na América do Sul. Depois do *Choque de Volcker*, a dívida

desde o começo numa das grandes frentes de surgimento e consolidação do neoliberalismo no ocidente. E foi Margareth Thatcher, que precisava de uma guinada em sua desprestigiada carreira política, quem usou o episódio das Ilhas Falkland, de 1982 para deflagrar uma propagandística 'guerra' contra a Argentina[184]. Depois disso, vendo-se o método como uma importante meio de angariar não somente força política, mas, principalmente, força econômica junto às corporações, a guerra foi fomentada como um *mercado particular*.[185] E exemplos não faltam.

Muito embora os ingleses tenham, com o conflito das Ilhas Falkland, inaugurado o choque como terapia na Europa, foram os Estados Unidos os que melhor aprimoraram esse método usando sua máquina militar para constituir e lapidar o estágio mais avançado do Estado neoliberal idealizado por Friedman. Especialmente a partir da *queda do muro de Berlim*, e do *Consenso de Washington*, praticamente não se encontravam barreiras para a implementação do neoliberalismo no mundo como *via única*. A única barreira estava na democracia e no povo. E foi para suplantá-los que os conflitos armados foram deflagrados, sempre de modo a instaurar o choque econômico – a qualquer preço. Neste sentido, o episódio da queda das torres gêmeas no fatídico *11 de setembro de 2001*, foi fundamental para que o governo norte-americano, tendo Bush-filho como timoneiro, tanto interna como externamente, instaurasse uma nova racionalidade em relação ao Estado: o Estado tradicional deveria ser agora superado pelo *Estado corporatista* no embalo do capitalismo de desastre. Não haveria a partir de agora mais limites para a autofagia estatal[186].

---

brasileira explodiu, dobrando de 50 para 100 bilhões de dólares em seis anos. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 193.

[184] A Guerra das Malvinas foi dos conflitos mais oportunistas que se tem notícia. De um lado o governo argentino de Galtieri que se encontrava com baixa popularidade e precisando de um fato novo para reaquecer o eleitorado, e de outro uma primeira-ministra esperando uma oportunidade para implementar duramente o neoliberalismo em um país de tradições democráticas seculares. Então eis que o presidente argentino finca a bandeira azul e branca nas ilhas Falkland, resquício colonial britânico na América Latina, e a Grã-Bretanha contra-ataca com força total, propagandeando uma grande guerra e entorpecendo seus eleitores. De se lembrar que as ilhas falkland são um grupo de ilhas da costa Argentina, que não despertava real interesse a nenhuma das nações envolvidas durante anos. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 165.

[185] Com a autora: "Agora, as guerras e o enfrentamento de desastres estão de tal maneira privatizados que se tornaram, eles próprios, os novos mercados; não há mais necessidade de esperar o fim da guerra para obter crescimento – o meio é a mensagem". KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 23.

[186] Não se deve olvidar que "quando os ataques de 11 de setembro ocorreram, a Casa Branca esta tomada pelo discípulos de Friedman, incluindo o seu amigo íntimo Donald Rumsfeld. A equipe de Bush se aproveitou da vertigem coletiva com rapidez assustadora – não porque, como alguns disseram, a administração tivesse maquinado ardilosamente a crise, mas porque os personagens

Nesta última fase, o modelo de Estado neoliberal avança mais um importante passo. Antes, o Estado neoliberal, apesar de desregulamentar e abrir-se ao livre mercado, ainda resguardava a si funções tidas como essenciais e fundamentais – uma espécie de *núcleo mínimo* - que eram as funções ligadas a segurança nacional[187]. A partir do 11 de setembro, não existe mais núcleo mínimo. A partir da declarada '*guerra ao terror*', tudo pode e deve ser entregue às corporações – que, segundo os neoliberais, podem realizá-las com mais 'eficiência e velocidade do que o Estado'. E foi exatamente isso que se viu (e ainda se vê) nas ocupações do Afeganistão e Iraque. Corporações manifestamente ligadas aos homens do governo[188] é quem praticamente deslindam a guerra desde o planejamento até a execução: consultorias de planejamento de ataque militar, terceirização de homens nos campos de batalha, fornecimento de tecnologia, alimentação, armazenamento de equipamentos, etc. Enfim, Bush privatizou o *esforço de guerra* e a *reconstrução*. E é claro que não estava preocupado somente na 'eficiência' da iniciativa privada...

Mas é claro que o *mercado de guerra* não está ligado tão somente à capacidade de obtenção de lucro na privatização de funções do Estado que ataca. O país-vítima, invadido, também é alvo preferencial do modelo. Não por acaso todas as riquezas iraquianas, entre elas o petróleo, água, e eletricidade, foram entregues às mãos das corporações estrangeiras – leia-se norte americanas e inglesas - à base de muita força e tortura[189]. O governo Bush aplicou o que Klein chama de *Plano Anti-Marshall*: ao invés de usar a reconstrução do país para erguê-lo e torná-lo autônomo, lança-se a espoliá-lo ao máximo, deixando às corporações – onde após seus mandatos os políticos de cúpula irão trabalhar ou investir - os muitos bilhões em lucros.

A espoliação não foi 'privilégio' somente de países como o Iraque. A Rússia, a China - em menor proporção - e países da Ásia também não escaparam ilesos a

---

centrais do poder eram veteranos de experimentos anteriores do capitalismo de desastre na América Latina e na Europa do Leste". KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 21.

[187] Só pra se ter uma idéia "a 'indústria da segurança nacional' global – economicamente insignificante antes de 2001 – é agora um setor de 200 bilhões de dólares.". KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 22.

[188] Cheney, vice-presidente, e Rumsfeld, Secretário da Defesa, são acionistas das corporações que participaram do 'esforço de guerra' e da 'reconstrução' do Iraque. Seus patrimônios pessoais subiram astronomicamente após as ocupações. A única diferença entre eles: Cheney investiu em corporações voltadas à segurança e à guerra, e Rumsfeld ligou-se a corporações das doenças epidêmicas. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 342 - 345.

[189] Em 1996 os Eua publicaram o *Shock and Awe: Achieving Rapid Dominance*, que é a doutrina militar dos americanos e que serviu de base para a invasão no Iraque. Os autores declaram que as forças invasoras devem desorientar o inimigo de tal forma que dificultem a resistência...p. 178 e o choque econômico acontece nesses termos...178

partir da década de 90, sob o véu da "*transição democrática*"[190]. Logo, após o choque econômico, que abriu aqueles países ao livre mercado, em todos os casos algum regime de força do Estado foi utilizado contra os resistentes, vítimas do desemprego em massa e da escassez de serviços públicos. Alguns exemplos: o massacre da Praça da Paz Celestial, bombardeios ao Prédio do Parlamento Russo imposto por Yeltsin, massacres na Indonésia, etc. A violência, como afirma Klein, é inerente ao modelo, somente alternando o momento de utilização.

Porém os neoliberais ainda precisavam de mais. Essa é a lógica do lucro: sempre, sempre mais. Então, conforme recomendou o 'doutor do choque' Friedman ainda em vida, sem mais qualquer pudor, as *catástrofes climáticas* também devem ser encaradas como especiais *oportunidades* para o choque econômico[191]. Quem disse que o aquecimento global é um problema? Para os neoliberais todas as tragédias climáticas que possam ser causadas pelo aquecimento global são excelentes oportunidades para a maximização de riquezas[192] - por isso, recusam-se a assinar tratados ou acordos para contenção de poluentes. Até mesmo isso interessa nos parâmetros da mentalidade do capitalismo purista da Escola de Chicago.

É que com tragédias como o Katrina ou tsunamis a natureza faz por si o choque físico necessário para a implementação do choque econômico. Em poucos instantes as forças naturais são capazes de 'limpar' uma orla marítima como as das praias da Indonésia retirando 'incômodos' pescadores para invasão dos condomínios de luxo[193]; ou capazes de limpar uma área urbana pobre com a de Nova Orleans com deslocamento de famílias pobres, facilitando a implementação da privatização de escolas públicas, construção de novos empreendimentos, etc. De

---

[190] Foi sob o véu da *transição democrática* dos países socialistas e comunistas para o regime de livre mercado que se imprimiu às populações daquelas nações impactantes choques econômicos – que resultariam em desemprego, fome e violência urbana. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 281.

[191] Friedman, aos 93 anos (faleceria um ano depois, em 2006), afirma, num editorial do Wall Street Journal, diante do trágico Furacão Katrina: "a maior parte das escolas de Nova Orleans está em ruínas. [...] É uma oportunidade para reformar radicalmente o sistema educacional". A sugestão de Friedman era de que se acabasse com o ensino público, substituindo-o pelo sistema de *vouchers* com escolas privadas licenciadas pelo Estado. E foi ouvido prontamente pelo governo Bush: antes do Katrina haviam em Nova Orleans 123 escolas públicas. Após o furacão, passaram para 4. As escolas licenciadas que antes eram 7, passaram para 31. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 14 e 15.

[192] KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 487.

[193] Como aconteceu escancaradamente nas praias da Indonésia, vítimas dos tsunamis, que, em 26/12/2004, mataram 250 mil pessoas, ficando 2,5 milhões de desabrigados. Quando as famílias sobreviventes voltaram para restabelecer seus lares nas áreas destruídas, encontraram lá a polícia, que as impediu de retornar. A alegação do Estado é que havia sido estabelecido uma 'margem de segurança' (chamada 'Zona Amortecedora') de 200 metros contados a partir do mar. No entanto, essa regra não valeu para os incorporadores. Os *resorts* de luxo já começaram a ser construídos nas áreas. Os pescadores protestaram, apesar de a mídia não ter mostrado o movimento. Foram violentamente dissipados. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 459-465.

regra, a própria ‘reconstrução’ destes lugares ocorre como um mercado muito oportuno para a corrupção e para a obtenção de lucro fácil – nada muito diferente do que ocorreu e ocorre nas zonas de guerra[194].

A estratégica desconexão entre o *choque físico* e *choque econômico*: como o discurso dos ‘direitos humanos’ legitimam o projeto economicista e blindam a institucionalização da corrupção

A questão inquietante que fica é: como tudo isso ocorre e o modelo não explode no sentido da revolta popular? Como conseguem impor ao mundo um modelo de tamanha brutalidade que acarreta tanta desigualdade social, desemprego, descaso com o ser humano, sem conseqüências aos seus mentores e executores? Como a sociedade, de modo geral, apesar dos reduzidos segmentos de resistência, consegue suportar tanta agressão, tanta desumanidade? Parte da resposta está em melhor conhecer e compreender o discurso, e a forma como é articulado, em torno dos *direitos humanos*.

Os neoliberais empreendem várias estratégias para contenção popular em face das amargas medidas econômicas que defendem. Mas com certeza a discurso ‘humanitário’ mitificado em torno da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948 é a mais profícua estratégia para a proliferação e mantença do modelo global do capitalismo purista de que são adeptos.

Se voltarmos na história, perceberemos que a Organização das Nações Unidas (ONU) surge logo após o final da segunda guerra mundial, com o precípuo ‘objetivo’ de unir os países para garantir a paz no mundo, inclusive podendo, caso assim entenda o seu Conselho de Segurança, intervir militarmente em países que não sigam as suas orientações. Ora. Em verdade a ONU foi constituída a partir da nova racionalidade de *Bretton Woods* que se instaurava naquele momento. Ela surge como entidade a serviço do projeto de globalização financeira que se propunha a partir dos EUA. Os neoliberais sabiam o que estava fazendo. Sabiam que o modelo que procurariam implantar no mundo encontraria resistências, e

[194] Com Klein, pode-se observar a ‘eficiência’ dos serviços privatizados: “Em Nova Orleans, assim como no Iraque, nenhuma chance de lucro foi desperdiçada. *Kenyon*, uma divisão do megaconglomerado de serviços funerais *Service Corporation Internacional* (uma das principais doadoras à campanha de Bush), foi contratada para retirar os mortos casas e das ruas. O trabalho foi feito com extrema lentidão, deixando cadáveres expostos ao sol escaldante por muitos dias. [...]

necessitariam de uma entidade não somente para utilizarem quando necessário para intervenções militares, mas, especialmente, com sua força simbólica, para entorpecer o mundo diante da violência e brutalidade do choque econômico que viria por diante.

Basta perceber que o *inimigo vermelho* foi mitificado e colocado premeditadamente como alvo global até a queda do muro de Berlim. Com seu desaparecimento, sempre com o violento impulso dado pelo Consenso de Washington, 'criaram' um novo inimigo. Como o leste europeu já havia se tornado "reserva de caça"[195] para as corporações, faltava avançar rumo ao oriente médio e seus lucrativos campos de petróleo. E partir daí cria-se o *inimigo terrorista*, que se apresenta como ameaça constante e onipresente, pois, diferentemente dos *vermelhos* que seriam facilmente localizados nas *comunas*, "*os terroristas de hoje podem aparecer em qualquer lugar, a qualquer hora, e praticamente com qualquer arma*"[196].

A partir da constituição deste verdadeiro 'inimigo invisível', que não mais estaria necessariamente com uniformes militares em aviões-caça ou tanques, podendo aparecer num avião doméstico ou num carro de passeio pelas ruas de Washington – normalmente com barbas e turbantes, como caricatura preferida do pentágono - toda a violência é justificada e plausível, pois se trabalha, agora na perspectiva da *ameaça*: como disse Cheney, subvertendo arrogantemente as teorias de probabilidades, "*se há um 1% de chance de que algo seja ameaçador, os Estado Unidos devem reagir como se a ameaça tivesse 100% de exatidão*"[197]. Assim, o novo paradigma é: na dúvida, ataque, capture, torture, e depois interrogue. Essa lógica perversa, também foi transposta ao mundo, eis que, quem não está do lado dos Estados Unidos na luta contra "mal", está do lado inimigo. Não haveria meio termo.[198]

Os neoliberais, conhecedores dos futuros impactos sobre a população de seu brutal modelo - eis que calcados na racionalidade darwiniana-social de que os melhores se estabelecem em detrimento dos perdedores que não se adaptam às

---

Quase um ano depois da enchente, corpos decompostos ainda estavam sendo descobertos nos sótãos." KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 488.

[195] AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[196] Palavras de Dick Cheney. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 355.

[197] KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 355.

[198] Klein anota: "qualquer um pode ser impedido de viajar, ter o visto de entrada nos Estados Unidos negado, ou mesmo ser preso e rotulado de 'inimigo combatente', apenas com base nas evidências de tecnologias dúbias [...]".KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 358-359.

regras do jogo econômico -, promoveram, com todo o apoio do aparato institucional da ONU, uma manifesta e bem articulada *desconexão entre o choque físico e o choque econômico.* Conseguiram, estabelecer o *fazer-crer* de que as brutais condições de vida imposta às populações submetidas ao modelo capitalista de livre mercado desregulado, não possuíam qualquer relação com a ideologia neoliberal. Diferentemente do que haviam feito com os regimes do "mal", o socialismo e o comunismo. Estes, propagandísticamente, foram desabonados como modelos autocráticos e cruéis, modelando, por exemplo, Stálin, como o anti-cristo de nossos tempos.

O joguete lingüístico foi fundamental, assim como o apoio da mídia, para esta manifesta *blindagem da ideologia*. É que o neoliberalismo sempre se aproveitou do engodo discursivo das modernas categorias 'liberdade' e 'democracia' (formal) para introjetar no imaginário coletivo a ilusória idéia de um mundo mais 'justo' e 'igualitário'. Servindo, então, como um eficaz entorpecente, que cobre como um véu protetivo esse ideal libertário, surge o Direito, com toda a sua opacidade[199], para, num discurso de especificidade humanística, legitimar uma cruzada em defesa daqueles 'direitos naturais' institucionalizados através da ONU. Note-se que a estratégia é provocar um sutil *deslocamento* entre a cruzada humanitária e a cruzada corporativa, como se não tivessem qualquer conexão.

Evidente. É que os direitos humanos, pelo menos da forma com são manejados, oferecem um peculiar 'ar de neutralidade' ideológica ao sistema. Cumprem a difícil missão de *fazer-parecer* na esteira da fetichista idéia de *via única* - que a miséria, a dor e as mortes que ocorrem por razões 'naturais', 'espontâneas', nada tem a ver com ideologias que primam pela maximização da riqueza. Os *custos humanos*, aqui, são convenientemente reinterpretados. Não que se desconsidere aqui o laborioso e importante trabalho de várias pessoas bem intencionadas em inúmeras organizações humanitárias que levam algum tipo de *alívio* a áreas de extrema miséria e exclusão[200]. Mas a questão que se procura denunciar é exatamente a *manietação coletiva* - antes razoavelmente velada, e agora, com o capitalismo contemporâneo, definitivamente manifesta - que iguala boas e más intenções pondo-as todas a serviço do lucro.

---

[199] CÁRCOVA, Carlos María. La opacidad del derecho. Madrid: Trotta, 1998.

[200] Ainda que nos ressoe neste momento as contundentes palavras de Jacques Lacan nos advertindo quanto ao perigo do "homem de bem", ou de Agostinho Ramalho Marques Neto, que lança a perturbadora indagação: "quem nos salvará da bondade dos bons?".

Essa blindagem ideológica promovida pelo discurso humanitário, e amplamente difundida pela academia de modo geral – salvo raras exceções -, bom registrar, ocorreu basicamente de dois modos. Nos dias atuais, ela ocorre na perspectiva da *omissão* e do *pseudo-ativismo*[201]. Basta se perceber o desgaste político que se impõe à ONU quando norte-americanos inobservam por completo as suas resoluções e diretrizes, ou quando israelenses, seus cúmplices por excelência, de mesmo modo, massacram centenas de civis por conta de propósitos puramente eleitoreiros como na invasão à Gaza[202]. Esta omissão ocorre, em parte, por conta do véu ilusório projetado pelos regimes 'democráticos' instituídos na maioria dos países, se valendo, também – nunca demais lembrar - do imensurável vazio cognitivo (a cultura do não-pensar) sem precedentes históricos[203].

Nos anos 60 e 70, quando o mundo estava permeado por regimes oficialmente ditatoriais e fortemente 'ameaçado' pelo *inimigo vermelho*, a blindagem ideológica ocorria de modo ativo, através de instituições como a Anistia Internacional que, não por acaso, contava com patrocínio da Fundação Ford[204]. Naquela época, o ativismo era mais acentuado como objetivo de desviar o foco para não se discutir criticamente sobre ideologia. O discurso, isso também ocorre nos dias de hoje, era voltado para um *legalismo vazio*, *formal*, que desviava a atenção das reais causas dos problemas de exclusão e mortes. Foi o meio encontrado pelos neoliberais para estabelecer uma válvula de escape da retórica dos perdedores, dos vencidos. Não por acaso, os 'da margem' do jogo econômico tiverem que procurar outros canais mais independentes, como o Fórum Social Mundial[205].

Talvez o mais importante símbolo dessa premeditada *desconexão entre os choques* é que no mesmo período, mais especificamente entre os anos de 1974 e 1976, em que a Anistia Internacional, braço 'humanitário' das Nações Unidas condenava o choque físico, se opondo a todas as atrocidades que eram cometidas por regimes ditatoriais, especialmente no Conesul, o comitê de 'notáveis' economistas entregava o Prêmio Nobel de Economia primeiramente a Hayek (1974)

---

[201] KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 146.

[202] É que a cúpula política israelense aproveitou-se do vácuo de poder nos EUA pós eleições, em plena transição presidencial, para impor o seu *choque interno* com um *choque externo,* visando as eleições que ocorrerão em fevereiro deste ano.

[203] MELMAN, Charles. O Homem sem Gravidade: gozar a qualquer preço. Entrevistas por Jean-Pierre Lebrun. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

[204] O principal: toda a literatura dos direitos humanos foram voltadas a recusar a conexão entre o aparato de terror do Estado ao projeto ideológico que lhe era subjacente e isso muito se fez pela Anistia Internacional. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 148 e 153.

[205] SANTOS, Boaventura de Souza. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. Vol 4. São Paulo: Cortez, 2008.

e, logo após, a Friedman (1976)[206]. Instaurou-se com oportunismo ímpar uma *cegueira epidêmica*[207] que simplesmente fez com que as pessoas, "vendo", não "enxergassem" a nítida relação entre os eletrochoques e a tortura (choque físico) do regime Pinochet e Médice, e a reviravolta das regras econômicas de abertura e desregulamentação do mercado (choque econômico).

Também não se deve olvidar, que o direito serviu (e serve) ao projeto economicista não somente respaldando o ideário humanitário do pós-guerra. Sem o direito, e todas as suas possibilidades lingüísticas[208], o poder não se estabeleceria no modelo liberal-corporatista. O choque econômico é sempre implementado através de 'pacotes' que utilizam a norma como *meio*. Na feliz expressão de Klein, as medidas brutais para consolidação do *Estado corporatista* se dão através de "*Leis-bombas*"[209], que sempre exigem um ambiente de premência e desordem, para que as doses amargas do remédio sejam dadas de uma só vez. Sempre se tornou necessária uma verdadeira "*esbórnia legislativa*"[210] ora de excesso de normas, ora de ausência de normas[211] para que, sem maiores discussões – e essa é a função do choque: não permitir o debate - , a privatização e a desregulamentação do mercado fossem implementadas. Aqui também, a falta aparente de relação entre o choque econômico-legal e o choque físico é propositalmente forjada.

A desconexão entre os choques, servido de todas as vantagens oferecidas pelo direito e pela linguagem, além de legitimar o sistema encobrindo os *custos humanos* do projeto e conter a explosão do modelo, institucionalizam outra ferramenta importante e característica do atual formato do *Estado corporatista*: a *corrupção*. Sim. A *corporatização do Estado*, através das 'legalizadas' privatizações, sabe-se, apesar de absurdamente lucrativo, ainda não é o suficiente para os homens do *way business*. É preciso, como dito, mais, sempre mais. Faz-se necessário permear as entranhas do aparato estatal para extrair-lhe o *sumo* que a

---

[206] KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 145.
[207] SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
[208] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
[209] O Direito, como explica Klein, oferece sua face mais aterradora quando a serviço das corporações: a de "Leis-bombas" como *'pacotes econômicos bombas'*. Quando o choque físico é promovido ou detectado (crises, catástrofes, golpes de Estado, ...), os 'estocadores de idéia' apresentam de imediato ao chefe político um projeto de lei, ou, melhor ainda, uma minuta de Decreto, como preferem, para a implementação, de uma só vez, do amargo remédio neoliberal. Isso acontece de regra em todos os países que se submeteram ao programa econômico de Friedman. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 179.
[210] KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 271.
[211] Com a autora: "O intuito da terapia do choque é abrir uma brecha para que lucros extraordinários sejam produzidos com grande velocidade – graças à ausência de legislação." KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 271

norma não permite acessar diretamente. A corrupção sempre andou de braços dados com a terapia do choque[212]. E o caminho escolhido como infalível – e reconheça-se, isso já ocorre desde o estabelecimento das democracias a partir da lógica burguesa ascendente – é postar-se entre as urnas eleitorais e o candidato político.

O financiamento das principais campanhas eleitorais pelas corporações é o *motor* do atual modelo de democracia neoliberal. É possível imaginar a dificuldade quase intransponível, salvo raríssimos casos, de alguém chegar a um cargo eletivo expressivo através das urnas sem os generosos recursos da iniciativa privada - que transforma esse 'gasto' em rentável investimento. Por evidente que, na esmagadora maioria dos casos, as doações de campanha procuram obter retorno dos investimentos através da execução de serviços e obras públicas que, para poderem atender à lógica do lucro, deverão desrespeitar a lei e acarretar ônus excessivo ao erário. Sempre em detrimento do coletivo.

A corrupção tornou-se sistemática e é abertamente propagandeada como instrumental de desgaste do Poder Público. Isso mesmo. O Estado, na lógica corporatista, é espantosamente autofágico: as corporações que se locupletam com o dinheiro público e que desequilibram o 'equilibrado' mercado com esse diferencial de competitividade, são as mesmas que financiam o desgaste midiático do Estado como aparato 'ineficiente', obsoleto, e corrupto, respaldando o ideal de que todas as funções devem ser entregues capital privado. Aliás, este é o engenhoso mecanismo que cada vez mais permite a corporatização estatal com as privatizações diretas e indiretas, e com a *terceirização dos serviços*, nova 'ferramenta de gestão' dos ilustres *managers públicos*.

A corrupção institucionalizada pelo atual modelo no *Estado corporatista*[213] - apesar de os neoliberais sempre defenderem que se trata de fenômeno-herança de regimes finalísticos e burocratizados como o socialismo e o comunismo – além de ser utilizada como recurso que despersonaliza e mitifica a lógica do lucro no Estado[214], pelo menos apresenta uma contribuição: mostra com clareza a *farsa da neutralidade* sempre invocada pelos economistas. Ora. Quase todos os economistas

---

[212] KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 275.

[213] Klein confirma: "Toda a história de trinta anos de experimentos da Escola de Chicago foi marcada pela corrupção em massa e pelo conluio corporatista entre ativos públicos e grandes corporações, das piranhas do Chile às privatizações obsequiosas da Argentina, aos oligarcas da Rússia, às trapaças da Enron com energia, à "fraude da zona livre" do Iraque.", KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 282.

[214] Essa máxima traduz bem esse raciocínio: "Na dúvida, culpe a corrupção". KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 280.

que ocuparam cargos de prestígio do governo usaram de sua influência e acesso privilegiado de informações para faturar, e muito. Isso ocorreu e ainda ocorre em Washington, Londres, Paris, e Brasília.

E quanto aos problemas decorrentes da corrupção que, pelo desvio de recursos públicos, torna o Estado ausente em áreas como educação e saúde? Isso ficaria, segundo os neoliberais, a cargo das entidades que mantém intacto o discurso da caridade humanitária salvadora, no modelo das 'fundações corporativas' beneficentes - que, já não bastassem todas as vantagens obtidas com o formato *Estado corporatista*, ainda alcançam benefícios invejáveis por instituírem 'fundações' que levam a 'piedade' dos homens de negócios aos segmentos da sociedade que ficam à margem do sistema. Ao invés de instituírem projetos verdadeiramente transformadores, que pudessem criar meios de ascensão daqueles 'vencidos' para tornarem-se 'vitoriosos', preferem manter o *status quo* apenas com os gestos 'humanitários' que alimentam o sistema: fornecimento de comida, entretenimento a crianças, roupas, esportes, etc. Nada que supere o mero 'aliviar' da dor, fiéis à pregação de Hayek-Friedman.

Considerações Finais: denunciar para não *consentir!*

De fato. As coisas não vão nada bem nos dias de hoje. As ventanias de furacões como o *Katrina* ainda parecem não ser o mais devastador dos males. A tragédia contemporânea, por certo, vem de outra catástrofe: a ventania implacável do *sopro de liberdade*[215] que parte de Washington – e suas filiais – para todo o globo. Aliás, como dito, nada mais perturbador do que compreender o engodo lingüístico da palavra liberdade[216]. A partir dele, especialmente na lógica do projeto

[215] A expressão aqui é inspirada nos dissimulados motes propagandísticos dos mais prestigiados *Think Thanks* com sede em Washington, tais como Instituto Cato, Fundação Heritage, e American Interprise, que são entidades muito bem articuladas e financiadas que possuem a missão de 'soprar' os ventos da *individual liberty, free markets and peace* a todos os paises. O sítio do Instituto Cato assim descreve sua missão: "*The mission of the Cato Institute is to increase the understanding of public policies based on the principles of limited government, free markets, individual liberty, and peace. The Institute will use the most effective means to originate, advocate, promote, and disseminate applicable policy proposals that create free, open, and civil societies in the United States and throughout the world*.". www.cato.org, Conferir também o pomposo `*Thank You Presidente Bush!*" estampado na abertura do sítio da Fundação Heritage (acessados em 17/01/2009), www.heritage.org.

[216] Como lembra oportunamente Miranda Coutinho, nada mais enganoso e perverso do que a expressão *Arbeit Macht Frei* (O trabalho liberta) inscrita no portão de entrada do campo de concentração de Auschwitz. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do processo penal e golpe de cena*:* um problema às reformas processuais. *In:* JURISPOIESES – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, ano 4, n.5, 2002.

de capitalismo purista que vem sendo implantando desde há décadas, o sujeito tem sido esvaziado de tal forma que a 'liberdade' se mostra como clara e inquestionável 'escravidão'.

O neoliberalismo indubitavelmente se estabeleceu de modo hegemônico como modelo político-econômico, e viu-se, a caro preço. Sem meias palavras, dê-se razão a Badiou: "*o capitalismo não é nada além de um banditismo irracional em sua essência e devastador em seu futuro*"[217]. O liberalismo radical de nossos tempos foi meticulosamente pensado para transformar - antes de modo velado e agora descaradamente - a ideologia do lucro em dogma global, tendo no Estado um sócio privilegiado. Mas, claro que somente as idéias e tratados acadêmicos de sociedades como a de *Mont Pèlerin* não bastavam. Um movimento como o neoliberal não se estabelece somente com o brilhantismo intelectual de um Friedrich Von Hayek, que fez da *eficiência* um 'marco zero' da teoria político-econômica. É preciso de alguém que *suje as mãos*. E quem estava lá desde o começo pronto para a função? Ninguém menos do que o pragmático e nada brilhante Milton Friedman, um acadêmico de poucas luzes que preferiu a 'medicina dos choques', ao estrelato do reconhecimento intelectual[218].

Friedman jamais se adstringiu a expedientes convencionais. Não conseguiria somente atuar em nível intelectual usando apenas a *pena* e o púlpito acadêmico para *soprar* o ideal neolibertário que tanto defendia com ar de neutralidade científica. As cartas aconselhadoras de Hayek para Thatcher, com recomendações e saudações anti-estatais[219], eram inócuas para o professor da Universidade de Chicago. Friedman, ciente da brutalidade desumana de seu modelo nunca exitou: a violência deveria ser imediatamente instalada através de choques, a qualquer preço – inclusive acadêmico[220]. A desorientação psíquica criaria o espaço necessário para

---

[217] BADIOU, Alain. De que real esta crise é o espetáculo? (original: De quel réel cette crise est-elle lê spectacle?). Artigo publicado no dia 18/10/2008, no jornal francês *Le Monde*. Disponível no sítio: www.lemonde.fr.

[218] Friedman em várias publicações demonstra isso. Adorava assumir o papel de 'médico conselheiro' propagador das 'terapias' contra a 'praga' da inflação, socialismo, etc. Apesar do Prêmio Nobel que recebera, sua obra-referência *Capitalismo e Liberdade* não passa de um manual prático das teses de Hayek. E só.

[219] Conta Klein que Hayek, especialmente após uma viagem que fez em 1982 ao Chile, mandou cartas a Thatcher sugerindo que imitasse o Projeto Chile. Thatcher respondeu: "tenho certeza de que você vai concordar que, na Grã-Bretanha, com nossas instituições democráticas e a necessidade de um alto grau de consenso, as medidas adotadas no Chile são completamente inaceitáveis." Mais tarde, após o episódio das Malvinas, mudaria completamente de idéia. KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 159.

[220] Klein conta que "os alunos da Universidade de Chicago ficaram tão perturbados ao descobrir a colaboração de seus professores na ditadura chilena que reivindicaram uma investigação acadêmica. Alguns acadêmicos os apoiaram, inclusive o economista austríaco Gehard Tintner, que fugiu do fascismo na Europa e veio par os Estados Unidos na década de 1930. Tintner comparou o Chile de

que o capital privado pilhasse as riquezas do Estado. A democracia e o povo, como mostrou-se anteriormente, não são mais problemas. Esse fio condutor foi bem desvelado por Klein. Mudaram apenas as estratégias. O objetivo e o método continuam os mesmos.

O Direito oferece sua especial contribuição, particularmente fiel ao propósito de sua construção moderna: blinda o poder e entorpece a resistência. Facilita, especialmente na atual versão *Law and Economics*[221], a metamorfose economicista-estatal que gradativamente consolida o majoritariamente aplaudido – mas pouco compreendido - *Judiciário corporatista*. Desde a Emenda Constitucional n.19/98, que insere a *eficiência* como princípio vinculador do Estado brasileiro[222], atendendo sem qualquer inocência o *Documento Técnico N. 319 do Banco Mundial*, o Poder Judiciário pátrio (leia-se: seus membros) tem sido fortemente assediado - por um lado, e atacado, por outro, - para abandonar a condição de *garante* da democracia e dos compromissos constitucionais e passar a definitivamente a pertencer ao *clube corporatista*. Os sinais mais evidentes já são vistos a olhos nus, também na balada reformista-eficiente: súmulas vinculantes, julgamento de mérito sem processo (CPC, art. 285-A), Repercussão Geral, subsídios turbinados pela EC 45/2004, leniência com a Lei da Arbitragem, etc.

Resistir tem se tornado, reconheça-se, cada vez mais difícil - mas não impossível. Klein corajosamente mostra isso em sua obra. Desvela o motor do sistema capitalista-purista no necessário tom de *denúncia*. Esse é um modo de enfrentamento do caos. Questionar o *establischment* abrindo as feridas de público. Sem medo das conseqüências, e sem receio de identificar o verdadeiro inimigo. E neste sentido, é Tomasella[223] que oferece a mais contundente lição: "*é a estrutura que precisamos mudar. Foi isso que vim denunciar!*".

Pinochet à Alemanha dos nazistas e traçou paralelos entre o apoio de Friedman a Pinochet e a colaboração dos tecnocratas ao Terceiro Reich (Friedman, por seu lado, acusou seus críticos de 'nazismo'". KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 143-144.

[221] ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a *Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[222] MARCELLINO JR., Julio Cesar. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontro entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

[223] Tomasella, conforme conta Klein, foi um camponês argentino perseguido e torturado durante a ditadura militar. Preferiu, diante da pilhagem sobre a agricultura, apontar as corporações como criminosas e não os soldados. Em suas palavras: "*Acredito que a verdade e a justiça irão triunfar no fim. Vai levar gerações. Se tiver de morrer nessa luta, que assim seja. Mas um dia nós vamos vencer. Enquanto isso, eu sei quem é o inimigo, e o inimigo sabe quem sou*." KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 154.

Não se render à via única, fazendo cair as máscaras do sistema torna-se compromisso. O desafio é assumir a responsabilidade pessoal diante da alienação e do caos e, tal qual Walsh[224], oferecer-se como "*testemunha em tempos difíceis*". Pelo menos assim, alivia-se o pesado fardo do *consentir* e do *apoiar* a que se referiu Arendt[225].

Referências

AGAMBEN, Giorgio. Quel che resta di Auschwitz: L'archivio e il testimone. Bollati Boringhieri: Torino, 2007.

ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CÁRCOVA, Carlos María. La opacidad del derecho. Madrid: Trotta, 1998.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

HAYEK, Friedrich August Von. O Caminho da Servidão. Trad. e revis. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, e Liane de Morais Ribeiro. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

_____.Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem. Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Vol I. São Paulo: Visão, 1985.

KLEIN, Naomi. A Doutrina do Choque: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do processo penal e golpe de cena*:* um problema às reformas processuais. *In:* JURISPOIESES – Revista Jurídica

[224] Lendário jornalista investigativo argentino que escreveu, em 1977, a "*Carta Aberta de um Escritor para a Junta Militar*", onde denuncia a campanha de terror dos generais e o envolvimento da CIA no golpe. Ao final afirma: "*sem esperança de ser ouvido, com a certeza de ser perseguido, firme no compromisso que assumi há muito tempo de ser uma testemunha em tempos difíceis*". KLEIN, A Doutrina do Choque..., p. 114-116.

[225] ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, ano 4, n.5, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a *Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. Vol 4. São Paulo: Cortez, 2008.

SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Neoliberalismo Globalizado e Sistema de Justiça:
o controle penal na lógica do espetáculo e da eficiência

Julio Cesar Marcellino Jr.

Introdução

Com a instauração do modelo neoliberal em nível planetário na segunda metade do século passado, ocorre mudança sem precedentes no vigente paradigma político, jurídico e social. O Estado perde sua centralidade e seu papel de *garante* das promessas modernas para ceder espaço à voracidade do Mercado e oferecer os instrumentos que viabilizarão e legitimarão a prevalência da lógica economicista em sociedade. Interessa aos neoliberais o uso da força estatal para mobilizar e tirar de sociedade aqueles que, de alguma forma, resistem ao novel sistema econômico-político, aqueles que ficam de fora do jogo consumista. Essa força é utilizada e manipulada no sistema penal, para onde se varre a exclusão social e onde se segrega a sociedade, separando os vencedores dos vencidos.

O que hoje se vê é uma certa euforia por doutrinas do tipo "tolerância zero" e "janelas quebradas" que pregam, sem aquela certa inocência-ilusão do passado, a assepsia social como panacéia aos problemas da pátria. A idéia, grosso modo, é reconhecer os pobres e minorias como incômodos perdedores que não se adaptaram ao jogo mercadológico, e que precisam ser postos a distância, encarcerados em prisões ou em guetos sociais. A segurança criminal é vendida, propalada e consumida como espetáculo, de modo a alimentar o imaginário coletivo com ficções e crenças calcadas no medo e no caos decorrentes de uma desordem que precisa ser corrigida. Re-ordenada, é claro, por meio da cruzada neoliberal, com base apenas em princípios econômicos, e não sociais. E quanto às vítimas que são geradas pelo sistema? Essas ficam a mercê da própria sorte, estando autorizadas a morrerem. E a população assiste à tudo anestesiada pelo bombardeio 'espetacular' de informações midiáticas, pelo discurso nada inocente de defesa de direitos humanos, e por periódicas campanhas tergiversantes com bandeiras éticas e moralizadoras (campanhas para reforma do Judiciário, reorganização do sistema carcerário, e até mesmo campanhas como a atual promovida pela Campanha da Fraternidade com o mote 'não sirva a Deus a ao dinheiro', que dão, de modo geral a

impressão de que 'alguém está fazendo alguma coisa!', tirando o peso da responsabilidade individual[226]).

Enfrentar o tema e refletir sobre suas possíveis conexões são os desafios que se impõem nesse escrito. Por sua limitação física e estreiteza, não terá o texto a pretensão de esgotar o assunto, muito menos de ser exaustivo quanto às causas e conseqüências do que hoje se vive na relação Economia e Sistema Penal. Procurar-se-á lançar uma reflexão que, longe da crença universalista de causa-efeito e reconhecendo a complexidade do tema numa perspectiva de que compreender é *modo de ser* sempre condição *prévia*[227], iniciará tratando do neoliberalismo globalizado e da mudança paradigmática imposta por esse modelo político-econômico. Dar-se-á destaque especial à globalização como fenômeno de poder que radicaliza a ética economicista no planeta.

Após, dissertar-se-á a respeito do sistema penal como grande estrutura de controle criminal que adota a segurança como novo *graal* a ser protegido, e o *eficientismo* como código central e método de atuação. A tecnologia e a mídia assumem aqui, papel preponderante, eis que forjam o cenário (ou os cenários) conveniente para seduzir e manietar o senso comum rumo ao ideário de prevalência do mercado, espetacularizando as relações através do imenso fluxo fragmentado e sobreposto de informações e imagens. Por derradeiro, procurar-se-á melhor compreender o modelo de sistema penal adotado em tempos neoliberais, qual seja, o Estado Penal, que se baseia na dualidade Estado Penal Máximo e Estado Social Mínimo, subjetivando as vítimas do sistema como produtos de exclusão, e reconhecendo a pobreza como alvo privilegiado do projeto economicista.

Cruzada neoliberal: evolução e consolidação

O neoliberalismo que hoje está instalado como modelo paradigmático sofreu algumas alterações em face do projeto original, quando de seu surgimento. Hoje se

---

[226] Quando falo de responsabilidade individual é no sentido trabalhado por Hannah Arendt. ARENDT, Hannah.. Responsabilidade e julgamento. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004; _____. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

[227] HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1993; GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

fala em *neoliberalismo globalizado*, e a expressão globalizado aqui não é mero adjetivo. Em realidade a globalização é fenômeno de poder que qualifica estruturalmente e oferece novo sentido ao ideário neoliberal original. Por conta disso vale revisitar, ainda que brevemente, o histórico da evolução dessa corrente de pensamento.

O movimento neoliberal consiste numa corrente de pensamento político-econômico que, segundo Anderson[228] surge no segundo pós-guerra − na Europa e América do Norte − onde predominava o capitalismo como sistema de organização social. Com o intuito de combater o Estado de bem-estar e o Keynesianismo[229], já bastante desgastado e rejeitado pelas classes dominantes de então, o neoliberalismo surge como uma *nova ortodoxia* de cunho econômico tendo como preceitos básicos a liberdade econômica, o individualismo e a contenção da intervenção estatal.

A evolução do pensamento neoliberal se dá em fases, que podem ser retratadas da seguinte maneira: inicialmente, em sua gênese, o marco doutrinário é o texto *O Caminho da Servidão*[230], de Friedrich August Von Hayek, de 1944, que constituiu um verdadeiro manifesto contra os Estados totalitários e contra qualquer limitação estatal dos mecanismos de mercado. O conteúdo do texto consistia num forte ataque ao movimento dos trabalhadores (já tradicional na Inglaterra), que representava um obstáculo ao sistema de acumulação, bem assim por provocar o aumento de gastos públicos. Logo após, em 1947, Hayek, convoca teóricos e estudiosos que comungavam de suas idéias para um encontro na estação de Mont Pèlerin, na Suíça, consolidando o primeiro grande movimento organizado da *Nova Direita*[231]. Forma-se, então, a *Sociedade de Mont Pèlerin*[232], "uma espécie de franco-maçonaria neoliberal, altamente dedicada e organizada, com reuniões internacionais

---

[228] ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In*: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 09.

[229] Doutrina econômica que teve por base as idéias de John Maynard Keynes. Conferir: KEYNES, John Maynard. Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1983.

[230] HAYEK, Friedrich August Von. O Caminho da Servidão. Trad. e revis. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, e Liane de Morais Ribeiro. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

[231] LAURELL, Asa Cristina. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. *In*: _____. (Org.). Estado e Políticas Sociais no Neoliberalismo. Trad. Rodrigo Leon Contrera. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 161.

[232] Com Nunes vê-se a proclamação máxima fundacional da *Societé du Mont Pélérin*, que foi subscrita por Friedman: "sem o poder difuso e a iniciativa associada a estas instituições [a propriedade privada e o mercado de concorrência], é difícil imaginar uma sociedade em que a liberdade possa ser efetivamente salvaguardada". NUNES, António José Avelãs. Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 10.

a cada dois anos”[233] e que funciona até os dias de hoje[234]. A intenção, segundo Anderson, era clara: combater não somente o Keynesianismo, mas qualquer tipo de ‘coletivismo solidário’, estruturando, assim, as bases de um novo tipo de capitalismo que, segundo seus membros, deveria ser liberto de quaisquer amarras de origem estatal.[235]

Outra frente de altíssima relevância desta primeira fase do neoliberalismo, e que ocorria em paralelo à formação da Sociedade de Mont Pèlerin, foi a criação da chamada *Banca de Bretton Woods*. Em 1944, já antevendo a estratégica vitória bélica na Europa, os Estados Unidos mobilizaram 44 países para, em conferência em New Hampshire, transmitir as novas orientações e diretrizes político-econômicas, e, por conseqüência, para ‘legitimar’ a criação, que ocorreria logo depois, do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. Essas instituições assumiriam papel de fundamental importância para a expansão planetária do neoliberalismo. [236]

A segunda fase se consolida a partir das décadas de 1970 e 1980. Com a fragilização econômica decorrente da crise do modelo do Estado de bem-estar em 1973 (Crise do Petróleo) – que atingiu todo o mundo capitalista avançado e numa longa recessão combinou baixo crescimento com alta de inflação – a década de 1970 ofereceu terreno fértil ao avanço do levante neoliberal[237]. Ao longo dessa década o ideário neoconservador[238] foi ganhando mais e mais adeptos, até ‘emplacar’ em 1979 e 1980, respectivamente, Margareth Tatcher na Grã-Bretanha, e Ronald Reagan nos Estados Unidos. Estes chegaram ao poder imprimindo novo modo de governar, adotando políticas econômicas monetaristas que objetivaram

---

[233] ANDERSON, Balanço do neoliberalismo, *op.cit.,* p. 09-10.
[234] Vide www.themontpelerinsociety.com.
[235] ANDERSON, Balanço do neoliberalismo, *op.cit.,* p.10.
[236] Borón explica que: “dificilmente se poderia exagerar a importância do papel jogado na história econômica do último meio século pelos acordos de Bretton Woods. No verão boreal de 1944 e diante da iminência de uma segura vitória militar, os aliados convocaram (na realidade, obedecendo a uma forte pressão norte-americana) uma conferência monetária e financeira para estabelecer as orientações do ‘liberalismo global’ que havia de prevalecer na emergente ordem mundial pós-guerra. A reunião teve lugar em Bretton Woods, New Hampshire, quando as notícias triunfais do desembarque da Normandia renovavam as esperanças de um pronto desenlace nas frentes de batalha. Temas fundamentais da conferência – a que assistiram 44 países, incluindo a União Soviética – foram a elaboração das novas regras do jogo que devia reger o funcionamento da reconstituída economia mundial e a criação das instituições encarregadas de assegurar sua vigência.” E as instituições gêmeas de Bretton Woods nasceriam destas deliberações: “o Banco Mundial em 1945 e o Fundo Monetário Internacional um ano depois”. BORÓN, Atilio. A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. *In*: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 91-93.
[237] É nesse período (anos ’70) que surge o país pioneiro do ciclo neoliberal da história contemporânea: o Chile. Sob a dura ditadura de Pinochet, e seguindo as orientações econômicas de Milton Friedman, o Chile pôs em prática a primeira experiência ocidental do modelo econômico neoliberal. ANDERSON, Balanço do neoliberalismo, *op.cit.,* p. 19-20.

combater a inflação através do equilíbrio orçamentário, privilegiando a liberdade de Mercado, e contrapondo-se ao Estado de bem-estar que prevalecia na Europa.[239]Também nessa fase é que ocorrem os denominados *Ajustes Estruturais* como política de mercado para os países latino americanos visando a implementação de *programas de condicionamentos* através dos quais se ofereciam recursos das agências financeiras internacionais exigindo, em contrapartida, reformas neoliberais dos países aderentes[240].

A terceira fase ocorre na década de 1990, época em que a queda do muro de Berlim, e o desaparecimento do *inimigo vermelho* 'preparam o terreno' para o surgimento do que ficou conhecido como *Consenso de Washington*[241]. A partir de então, re-defini-se que o neoliberalismo deveria, de vez por todas, alcançar nível planetário, carreado pela idéia de *via única*, forçando a derrubada de barreiras nacionais para o fluxo do megacapital dos países centrais (ou seja, privatizações, desregulação, etc). É nessa década que ocorre no Brasil a reforma gerencial de Estado promovida pelo governo Fernando Henrique Cardoso, que implementa políticas privatizantes voltadas para a redução da máquina estatal[242].

A partir do final da década de 1990 e início dos anos 2000 inicia-se a hodierna fase do neoliberalismo global. Prevalece a especulação financeira, a degradação do trabalho, o aumento de investimento de recursos públicos e privados em segurança, e o mais alto nível de privatização do Estado, com a 'terceirização' das guerras[243] e com a vultosa e jamais vista transferência de recursos públicos para reduzir as externalidades do mercado, salvando bancos e grandes empresas. Aliás, é nesse período que o neoliberalismo, que sempre se alimentou de crises pontuais, enfrentou uma crise estrutural de proporções comparáveis somente com o *Crash* de 1930. Por ironia do destino, parte das teses neoliberais e seus defensores

---

[238] COMBLIN, José. O Neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século. 3.ed. Vozes: Petrópolis, 2001.

[239] De se lembrar também: em 1982 a ascenção de Khol na Alemanha, em 1983 a eleição de Schluter na Dinamarca, além de outros países que seguiram a onda de 'direitização' neoliberal. ANDERSON, Balanço do neoliberalismo, *op.cit.,* p.11-12.

[240] EZCURRA, Ana María. Qué es el Neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2002.

[241] WILLIAMSON, John. A economia aberta e a economia mundial: um texto de economia internacional. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

[242] MARCELLINO JR., Julio Cesar. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Conceito, 2009.

[243] KLEIN, Naomi. A Doutrina do Choque: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

recuam e encontram no então odiado Estado a solução para os anos de exagerada ganância do setor bancário e imobiliário[244].

É claro que, com base quase tudo que se lê dos autores neoliberais, num primeiro momento, pode parecer uma grande contradição o recente quadro de transferências de recursos públicos para salvamento de bancos e megaempresas. Mas para Friedman, não há qualquer problema em o Estado assumir este papel de 'salva-vidas' do mercado. É que para o arauto da Escola de Chicago, o Estado não deveria ser tão mínimo e reduzido em suas funções como almejavam Hayek e Nozick (voltados para a segurança do fluxo do capital através do uso da força estatal). Para Friedman passa a ser árbitro e, se necessário, sócio do mercado, intervindo sempre que indispensável para o restabelecimento do 'equilíbrio' das ordens espontâneas vertendo recursos públicos para o saneamento dos déficits financeiros e dando fôlego aos megaempresários que enfrentam eventuais bancarrotas. É assim que capitalismo, com o novo formato de Estado, o que Klein chama de *Estado Corporatista* – que não rivaliza com o mercado, se associa a corporações[245] – busca a perenidade e respaldo para a vida longa da *via única.*

Globalização e Neoliberalismo: diálogos entre Boaventura Santos, Zigmunt Bauman e Paul Virilio

Nos últimos tempos, mais especificamente nos últimos quarenta anos, a par do galopante desenvolvimento tecnológico, a sociedade tem se deparado com um intenso fluxo transnacional de informações, imagens, recursos, pessoas, bens de consumo, que transformaram por completo as relações humanas. Esse fenômeno é normalmente associado à expressão, que já se tornou usual, "globalização". Pelo excesso e banalização do seu uso torna-se importante delimitar seu significado, evitando as distorções e mal-uso que se tem percebido no dia a dia em meios de comunicação e até mesmo em parte da academia.

Santos defende que inexiste uma única forma de globalização. Pensa que existe clara distinção entre dois tipos de globalização: a *globalização hegemônica* e

[244] SOROS, George. O novo paradigma para os mercados financeiros: a crise de crédito de 2008 e as suas implicações. Lisboa: Almedina, 2008.
[245] KLEIN, Naomi. A Doutrina do Choque, *op cit,* p. 226.

a *globalização contra-hegemônica*. Nas palavras do autor: “globalização significa conjuntos de relações sociais. À medida que estes conjuntos se transformam, assim se transforma a globalização. Existem, portanto, globalizações, e deveríamos usar este termo apenas no plural. Por outro lado, se as globalizações são feixes de relações sociais, estas envolvem inevitavelmente conflitos e, portanto, vencedores e vencidos. Frequentemente, o discurso da globalização é a história dos vencedores contada pro estes. Na verdade, a vitória é, aparentemente, tão absolta que os derrotados acabam por desaparecer completamente do cenário”.[246]

Segundo autor português, existem quatro modos de produção da globalização: *localismos globalizados*, *globalismos localizados*, *cosmopolitismo* e *patrimônio comum da humanidade*. Os dois primeiros constituem o que o autor designa por globalização hegemônica, que, em realidade, consiste no “processo através do qual um dado fenômeno ou entidade local consegue difundir-se globalmente e, ao fazê-lo, adquire a capacidade de designar um fenômeno ou uma entidade rival como local”. As outras duas formas de globalização constituem o que o autor denomina por globalização contra-hegemônica, que bem retrata a convergência de forças de resistência (iniciativas populares de organizações locais, articuladas em redes de solidariedade transnacional) que se opõem à exclusão social construindo alternativas para o desenvolvimento e para participação democrática. Este “ativismo trans-fronteiriço” constitui o paradigma da globalização contra-hegemônica.[247]

O significante “globalização” também é usado com significado equivalente por diversos teóricos, em denominações como “formação global”, “cultura global”, “sistema global”, “modernidades globais”, “processo global”, “culturas globais”. Menciona o autor que Giddens define globalização como a “intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distancia e vice-versa”.[248] Na avaliação do Grupo de Lisboa, “a globalização é uma fase posterior à internacionalização e à multinacionalização porque, ao contrário destas, anuncia o fim do sistema nacional enquanto núcleo central das actividades e estratégias humanas organizadas.”[249]

---

[246] SANTOS, Boaventura de Souza. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. 2.ed. Vol IV. São Paulo: Cortez, 2008.p. 194-195.
[247] Idem, p. 195-196.
[248] SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de Globalização. In: _____ (Org.). Globalização: Fatalidade ou Utopia? Porto: Edições Afrontamento, 2001. p. 31.
[249] Idem, p. 32.

A idéia de globalização tem sido objeto de um flagrante reducionismo, que insiste em perceber o fenômeno como interação planetária apenas a partir da perspectiva financeira. Santos explica que se trata de um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por conta disso, as explicações monocausais deste fenômeno parecem inadequadas. Além disso, como explica o autor: "acresce que a globalização das últimas décadas, em vez de se encaixar no padrão moderno ocidental de globalização – globalização como homogeneização e unifomização – sustentado tanto por Leibniz como por Marx, tanto pelas teorias da modernização como pelas teorias do desenvolvimento dependente, parece combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais, por um lado, o particularismo, a diversidade local, a identidade étnica e o regresso ao comunitarismo, por outro. Além disso, interage de modo muito diversificado com outras transformações no sistema mundial que lhe são concomitantes, tais como o aumento dramático das desigualdades entre países ricos e países pobres e, no interior de cada país, entre ricos e pobres, a sobrepopulação, a catástrofe ambiental, os conflitos étnicos, a migração internacional massiva, a emergência de novos Estados e a falência ou implosão de outros, a proliferação de guerras civis, o crime globalmente organizado, a democracia formal como condição política para a assistência internacional, etc."[250]

A globalização contemporânea, assim, pode e deve ser analisada a partir de suas características dominantes, considerando seu aspecto econômico, político e cultural. Sua feição dominante é atribuída a um consenso construído pelos atores globais mais influentes, também conhecido como 'consenso neoliberal' que surge a partir do denominado 'Consenso de Washington'. Esta expressão faz referência a um movimento ocorrido em Washington na década de oitenta que redefiniu o papel do Estado na economia, estabelecendo como diretrizes políticas a prevalência do Mercado, a desregulamentação da economia e a privatização estatal.[251] Importante registrar, no entanto, que nos dias de hoje este consenso está relativamente fragilizado em decorrência dos dissensos e atritos no esfera hegemônica, com

[250] Idem, p. 32.
[251] Idem p. 33.

destaque à resistência do eixo contra-hegemônico. Não por acaso, o período que se seguiu foi chamado de pós-Consenso de Washington.[252]

Muito embora a globalização financeira/neoliberal seja a grande mola propulsora do fenômeno transnacional de dominação, a dimensão social, política e cultural da globalização em muito interessa para uma maior compreensão de seu alcance. Sem perder de vista, é claro, que tais dimensões estão interligadas. Veja-se, segundo Santos.

No que concerne à "globalização social", torna-se importante notar que se está diante de um novo personagem de proporções planetárias, que representa uma classe capitalista transnacional e que se reproduz em âmbito global, transcendendo às organizações nacionais de trabalhadores e aos Estados periféricos. Este novo personagem é a empresa multinacional, que incorpora a principal forma institucional desta classe capitalista transnacional. Seu alcance pode ser retratado no fato de que mais de um terço do produto industrial mundial é produzido por estas empresas e de que um percentual ainda maior é negociado entre elas.[253] A globalização social, que exerce domínio através do consenso neoliberal provoca grandes desigualdades sociais.[254]

No que diz respeito à "globalização política", nota-se que os Estados hegemônicos, por eles próprios ou por instituições internacionais, pressionaram e fragmentaram a autonomia política e a soberania efectiva dos Estados periféricos. Novos personagens surgiram, tais como a União Européia, o NAFTA, o Mercosul, como tentativas de aglutinação de interesses, sobretudo, econômicos e comerciais. Nesse contexto, o Estado-nação perdeu sua centralidade tradicional calcada na soberania, perdendo a força de ator internacional principal no que diz respeito à condução e controle do fluxo de bens, pessoas, capital e idéias.[255]

Importante notar, que a globalização, na ótica de alguns autores como Tilly, citado por Santos, é bem mais longa. Poderia tal fenômeno ser dividido em "quatro ondas" ocorridas no milênio passado, marcadamente nos séculos XIII, XVI, XIX e no final do século XX. No entanto, Santos ressalta que a globalização no sentido de regulação estatal se apresenta como algo novo e único, e elenca duas principais razões: "em primeiro lugar é um fenômeno muito amplo e vasto que cobre um campo muito grande de intervenção estatal e que requer mudanças drásticas no padrão de

[252] Idem, p. 33.
[253] Idem, p. 37.
[254] Idem, p. 40-41.
[255] Idem, p. 42-43.

intervenção. Para Tilly, o que distingue a actual onda de globalização da onda que ocorreu no século XIX é o facto de esta última ter contribuído para o fortalecimento do poder dos Estados Centrais (ocidentais), enquanto a actual globalização produz o enfraquecimento dos poderes do Estado. [...] O segundo factor de novidade da globalização política actual é que as assimetrias do poder transnacional entre o centro e a periferia do sistema mundial, i.e., entre o Norte e o Sul, são hoje mais dramáticas do que nunca".[256]

Nesse contexto de completa transformação do Estado acarretada pela globalização, podem-se identificar três tendências gerais marcantes. Inicialmente depara-se com a *desnacionalização do Estado*, que consiste em um "certo esvaziamento do aparelho do Estado nacional que decorre do facto de as velhas e novas capacidades do Estado estarem a ser reorganizadas, tanto territorial como funcionalmente, aos níveis subnacional e supranacional". A segunda tendência é a *des-estatização dos regimes políticos* que acaba sendo "refletida na transição do conceito de governo (government) para o de governação (governance), ou seja, de um modelo de regulação social e econômica assente no papel central do Estado para um outro assente em parcerias e outras formas de associação entre organizações governamentais, para-governamentais e não-governamentais, nas quais o aparelho de Estado tem apenas tarefas de coordenação enquanto *primus inter pares*". E finalmente uma tendência para a *internacionalização do Estado nacional* traduzida "no aumento do impacto estratégico do contexto internacional na actuação do Estado, o que pode envolver a expansão do campo de acção do Estado nacional sempre que for necessário adequar as condições internas às exigências extra-territoriais ou transnacionais."[257]

Deste modo é que se conclui que os fundamentos da face dominante da globalização política estariam ligados, segundo Santos, ao Consenso de Washington e poderiam ser reduzidos a: "consenso do Estado fraco", "consenso da democracia liberal", e "consenso do primado do direito e do sistema judicial".[258] Explica-se. O *consenso do Estado fraco* traduz a idéia polarizada de que o Estado é o oposto da sociedade, e seu potencial inimigo. E por conta disso, é que se necessita de um Estado reduzido, mínimo[259]. O *consenso da democracia liberal* objetiva dar o

[256] Idem, p. 44.
[257] Idem, p. 44.
[258] Idem, p. 47.
[259] Quanto a este ponto Santos aponta que este processo de enfraquecimento do Estado e fortalecimento da sociedade civil é extremamente contraditório, eis que, somente um Estado forte é

formato político ao Estado na concepção mínima, recorrendo-se à teoria política liberal, defendendo a convergência entre liberdade política e liberdade econômica, eleições livres e os mercados livres. Aqui a visão do bem comum que pode ser concretizado através de ações individuais utilitaristas sem interferência estatal. Finalmente, o *consenso sobre o primado do direito e do sistema judicial*, se apresenta como estratégico para vincular globalização política à globalização econômica. Considerando o modelo calcado nas privatizações, na iniciativa privada, na primazia dos mercados, com franca proeminência da propriedade individual e dos contratos, o princípio da ordem, da previsibilidade e da confiança não pode partir do Estado. Deverá partir do direito e do sistema judicial.[260]

Concernente à "globalização cultural", esta assumiu lugar especial a partir da viragem cultural da década de oitenta, quando ocorreu mudança de ênfase, nas ciências sociais, dos fenômenos sócios econômicos para os fenômenos culturais. É que "a viragem cultural, veio reacender a questão da primazia causal na explicação da vida social e, com ela, a questão do impacto da globalização cultural". Santos ainda ressalta a face dominadora desta dimensão da globalização, sugerindo reflexão a respeito da designação deste tipo de globalização, questionando se não seria o caso de chamá-la de ocidentalização ou americanização, "já que os valores, os artefactos culturais e os universos simbólicos que se globalizam são ocidentais e, por vezes, especificamente norte-americanos, sejam eles o individualismo, a democracia política, a racionalidade econômica, o utilitarismo, o primado do direito, o cinema, a publicidade, a televisão, a Internet, etc"[261].

Na visão de Bauman, a globalização é um processo irresistível, totalizante, e por isso, sentencia de modo objetivo: "estamos todos sendo globalizados"[262]. O autor deixa claro que a globalização se tornou um fenômeno que abarca de modo direto ou indireto, a toda a humanidade. O que mudaria tão somente seria o posicionamento dos sujeitos diante da globalização. Deste modo, para o autor, globalização não é a exceção, é a regra. Explica que o pressuposto fundamental para a compreensão da globalização como fenômeno contemporâneo é o entendimento da nova relação *tempo/espaço*, que indiscutivelmente transforma por completo os parâmetros tradicionais da condição humana. E para isso seria

---

capaz de se desregular e criar normas e instituições que conduzirão o novo modelo de regulação social. Idem, p. 48.

[260] Idem, p. 48-49.

[261] Idem p. 51.

[262] BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999. p. 07.

necessário superar a visão reducionista de que a globalização é sempre homogeneizante, no sentido de crer que o fenômeno somente une. Bauman esclarece que "a globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas as que promovem a uniformidade do globo"[263].

É que ao mesmo tempo que a globalização se reveste de características inegavelmente planetárias, especialmente no que toca à globalização financeira e de informações, é posto em movimento um processo localizador, de fixação no espaço. Com Bauman "conjuntamente, os dois processos intimamente relacionados diferenciam nitidamente as condições existenciais de populações inteiras de vários segmentos de cada população. O que para alguns parece globalização, para outros significa localizações; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel"[264].

Para o autor os códigos centrais para compreensão do fenômeno globalização são o *movimento* e a *velocidade*. É necessário enxergar as novas significações destas categorias para perceber as vissicitudes impostas à humanidade nesses tempos globais. Todos nós estamos, de alguma forma, em movimento. O movimento ocorre mesmo que fisicamente estejamos imóveis, pois "a imobilidade não é uma opção realista num mundo em permanente mudança"[265]. O autor explica que a relação é calcada na desigualdade: "alguns de nós tornam-se plenamente e verdadeiramente 'globais'; alguns se fixam na sua 'localidade' – transe que não é nem agradável nem suportável num mundo em que os 'globais' dão o tom e fazem as regras do jogo da vida. Ser local num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social. Os desconfortos da existência localizada compõem-se do fato de que, com os espaços públicos removidos para além do alcance da vida localizada, as localidades estão perdendo a capacidade de gerar e negociar sentidos e se tornam cada vez mais dependentes de ações que dão e interpretam sentidos, ações que elas não controlam – chega dos sonhos e consolos comunitaristas dos intelectuais globalizados"[266].

O fenômeno do movimento global/local de que fala Bauman se evidencia, inicialmente, na nova face da estrutura corporativa de nossos tempos. A idéia de empresa local, com raízes e identidade territoriais, que pertença aos proprietários visíveis da localidade é superada. Surge, o que Bauman chama de 'proprietário

[263] Idem, p. 08.
[264] Idem, p. 08.
[265] Idem, p. 08.
[266] Idem, p. 08.

ausente' (p. 16), num contexto em que as empresas, no formato 'corporações', não pertencem mais aos proprietários clássicos visíveis, identificados com a história de construção do negócio, e sim aos investidores, aos acionistas, que não necessariamente possuem vínculos territoriais, culturais ou identitários com a empresa. Esse novo patrão não está preocupado com os compromissos que empresa tenha com a localidade onde esteja estabelecida – até porque ela pode se movimentar (e se movimenta) conforme seus interesses pela busca da redução de custos.

O centro de poder, ou seja, o centro das decisões foi deslocado. As decisões agora não necessariamente levam em consideração o direto relacionamento com o local, com os empregados, com os colaboradores. Nem mesmo a 'diretoria' e o 'conselho de administração' conseguem absolutizar as decisões. Em verdade decidem segundo os interesses dos acionistas, especialmente daqueles que mais podem fazer-se ouvir. Em verdade, criou-se um novo espaço para o fluxo de decisões, dissociado das relações locais. E isso se torna preocupante, pois essa mobilidade adquirida pelos investidores acarreta uma desconexão do poder em face das obrigações e das responsabilidades. Rompe-se com as condições de relação que vinculavam os donos do negócio aos empregados, à comunidade, ao meio ambiente, etc[267]. Além disso, desconecta-se qualquer relação de responsabilidade com as gerações futuras, e com as condições de auto-reprodução e desenvolvimento da vida concreta (Dussel[268]).

Exonerar-se dessas responsabilidades é um dos fatores de grande impulso na lucratividade e avanço do segmento corporativo. E nesse sentido, a distância entre quem decide e quem suporta os efeitos da decisão é utilizado habilmente como entorpecente para a resignação dos que sofrem com o processo. A pulverização da decisão tomada por uma 'coletividade de acionistas' que se encobre no manto das 'tendências de mercado', 'vontade do mercado', ou coisas do gênero, dificulta qualquer esboço de resistência. Se tornou um meio eficaz de invisibilizar o inimigo. Também por conta disso é que se torna difícil nos dias de hoje pensar na relação trabalhadores *versus* empregadores numa perspectiva marxista de estrutura tradicional de classes. As relações de poder, agora, são impulsionados por outros fatores. Com Bauman: "No mundo do pós-guerra espacial, a mobilidade tornou-se o fator de estratificação mais poderoso e mais cobiçado, a matéria de que são feitas e

[267] Idem, p. 15.

refeitas diariamente novas hierarquias sociais, políticas e econômicas e culturais em escala cada vez mais mundial”[269].

Outro aspecto fundamental que não somente foi responsável pelo surgimento, mas também pela consolidação e avanço do fenômeno globalização é a *velocidade* **-** que articulada com a distância possui implicações importantes. Nesse pensar Bauman invoca Paul Virilio para explicar que “com efeito, longe de ser um ‘dado’ objetivo, impessoal, físico, a ‘distância’ é um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida (e, numa economia monetária, do custo envolvido na produção dessa velocidade). Todos os outros fatores socialmente produzidos de constituição, separação e manutenção de identidades coletivas – como fronteiras estatais ou barreiras culturais – parecem, em retrospectiva, meros efeitos secundários dessa velocidade”[270].

A velocidade é um fenômeno perturbador ao pensamento. Segundo Virilio, não se trata de uma conseqüência neutra e despropositada do cibermundo, da cultura fundamentalista científica fundada a partir da modernidade. Trata-se, dito de modo claro, de *poder*, de *meio*, que possui íntima relação com a economia. Em suas palavras: “La noción de la velocidad es uma cuestión primordial que forma parte del problema de la economía. La velocidade es, a sua vez, uma amenaza tirânica, según el grado de importância que se le dé, y, al mismo tiempo, ella es la vida misma. No se puede separar la velocidad de la riqueza. Si se da una deficion filosófica de la velocidad, se puede decir que no es un fenômeno, sino la relación entre los fenômenos. Dicho de outro modo, la relatividad em si mesma. Se puede incluso llegar más lejos y decir que la velocidad és um medio. No es simplemente un problema de tiempo entre dos puntos, es um médio que está provocado pro el vehículo.”[271]

A velocidade, vista como relação política, é inseparável da lógica de maximização da riqueza. Torna-se, em tempos como estes, impossível estudar política sem dedicar-se a melhor compreender o fenômeno da velocidade[272]. A velocidade representa um *movimento absoluto*, de controle absoluto, instantâneo, o que o equipara a um poder quase divino. Objetiva uma visão totalizante que não possui nada de democrático em sua lógica. E essa ‘sacralização’ da velocidade não

---

[268] DUSSEL, Enrique. Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
[269] BAUMAN, Zygmunt. Globalização:, *op cit*, p. 16.
[270] Idem, p. 19.
[271] VIRILIO, Paul. El Cibermundo, la política de lo peor. Trad. Mónica Poole. Madrid: Cátedra, 1999. p. 16.

ocorre por acaso. Pretende-se introjetar no imaginário coletivo o *fazer-crer* que representa a velocidade como traço fundamental do 'desenvolvimento'e do 'progresso tecnológico'. Não que se deixe de reconhecer as contribuições da revolução tecnológica ao desenvolvimento do homem. Mas a racionalidade de excesso e de permanente insatisfação com o fluxo do tempo para a operacionalidade da vida, é algo que se apresenta como destrutivo e, por isso, inconcebível. Isso porque lança o sujeito numa percepção vazia de mundo, de permanente irreflexão.

Aspecto não menos importante e diretamente ligado à velocidade é o papel desempenhado pelo transporte da informação. Com o avanço tecnológico, a comunicação passa a não mais envolver o movimento de corpos físicos, ou, quando utiliza tal movimento, o faz somente em caráter secundário. Como diz Bauman, a "informação viaja independente dos seus portadores físicos – e independente também dos objetos sobre os quais informava: meios que libertaram os 'significantes' do controle dos 'significados'"[273]. A informação se tornou, especialmente a partir do surgimento da rede mundial de computadores, instantânea, impondo nova visão em relação ao tempo. Isto é, a velocidade, aliada à globalização financeira reorganizou o espaço de tal forma que explode com o passado, e nos projeta para um presente alargado ao infinito, fazendo com que o futuro se torne um *no-sense* imaginário.

Este espaço, que surge a partir da informática de ponta, é o que Virilio chama de espaço cibernético. Com o fluxo instantâneo de informações no planeta o "aqui" e o "lá" deixaram de fazer sentido para muitas das relações humanas. Ao invés de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tem tendência de polarização. Ela emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade. Para algumas pessoas ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual tem pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar. Com as distancias não significando mais nada, as localidades,

---

[272] VIRILIO, Paul. Velocidad y Política. Buenos Aires: La Marca, 2006.
[273] BAUMAN, Zygmunt. Globalização:, *op cit*, p. 21.

separadas por distancias, também perdem seu significado. Isso, no entanto, augura para alguns a liberdade face a criação de significado, mas para outros pressagia a falta de significado”[274].

A experiência da não-territorialidade do ciberespaço exerce, segundo Bauman, forte influência no imaginário coletivo dada sua abstração. Tanto que, citando Wertheim, faz analogia do ciberespaço com a concepção cristã de paraíso. Algo que vem de cima, do além-físico, e que por conseqüência, não poderia ser questionado, não haveria resistência. Como é de fonte invisível, a capacidade de questionamento e reflexão fica dificultado[275]. Aliás, a abstração psicológica tem sido desde longa data um recurso habilmente utilizado para seduzir e manipular os incautos. O Direito, na importante figura de autoridade da *lei*, sempre foi pródigo em usar esse instrumental, segundo nos mostram Ost[276] e Legendre[277].

Sistema Penal e a ‘espetacularização’ da segurança criminal

A análise do controle penal contemporâneo se inscreve, segundo bem aponta Andrade[278], no marco teórico das criminologias de cunho crítico associado em conexão aos saberes voltados a compreensão das vicissitudes sociais e humanas. É na instrumentalização do controle criminal que se pode, ainda que parcialmente, compreender como o Direito e o Estado se relacionam com a economia, numa relação desproporcional e de subserviência. Mas, além disso, compreender o controle, segundo Andrade, é “buscar compreender, portanto, como as sociedades se mantêm e transformam, como constituem identidade de seus sujeitos (subjetividades), como constroem a linha divisória entre a normalidade e o desvio, a cidadania e a criminalidade, a ordem e a desordem. [...] Compreender o controle é buscar compreender, portanto, a própria dinâmica do poder ou dos poderes: poder econômico, financeiro, midiático, político, punitivo oficial (poder legislativo, policial, ministerial judicial, acadêmico) micropoderes sociais”[279].

---

[274] Idem, p. 25.
[275] Idem, p. 27.
[276] OST, François. Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
[277] LEGENDRE, Pierre. O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense-Universitária: Colégio Freudiano, 1983.
[278] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de Projeção do Controle Penal no Capitalismo Globalizado Neoliberal.
[279] Idem, p. 02.

Assim sendo, vale revermos brevemente sobre o surgimento deste movimento jurídico e de como surgem as análises entre sistema penal e economia. A criminologia crítica inicia com força em autores como Otto Kircheimer e George Rusche, especialmente a partir de um artigo deste último de 1939, e se consubstancia como vertente teórica articulada no período de 1968 e 1975, quando ocorreu uma renovação da sociologia penal[280]. Desse período, temos duas datas marcantes: 1969, quando a obra de Rusche "Punição e Estrutura Social", há muito esquecida – sem espaço para divulgação e reflexão durante o período fascista e da segunda guerra mundial – é retomada e se torna referência teórica; e 1975 com a publicação do livro "Vigiar e Punir" de Michael Foucault.

A partir da década de 1960, como explica Di Giogi, com o desenvolvimento das teorias do *etiquetamento* "é que o poder punitivo faz o seu ingresso efetivo no horizonte criminológico como universo de investigação parcialmente independente da criminalidade"[281]. Os teóricos desta fase foram os primeiros a promoverem um processo de renovação das teorias da criminologia crítica. Durante esse período as linhas investigativas se deram em duas direções: "a primeira é constituída por um conjunto de estudos históricos que descrevem o papel exercido pelos sistemas produtivos na afirmação histórica das relações de produção capitalistas"; a segunda "se orienta para as práticas contemporâneas dos sistemas de controle e, sobretudo, do dispositivo carcerário. A análise se concentra, aqui, no papel desempenhado pelos aparelhos repressivos em relação às dinâmicas econômicas atuais, e, em particular, em relação ao funcionamento do mercado de trabalho nas sociedades industrializadas"[282].

O autor explica que a convergência dessas duas linhas investigativas retrata uma crítica da penalidade de cunho materialista/marxista. E nesse contexto, há de se considerar, que a penalidade se contextualiza com um conjunto de instituições políticas, jurídicas e sociais (direito, Estado, família) que se estruturam e se consolidam historicamente em função da manutenção do *status quo*, da posição de domínio em sociedade. O autor adverte: "não é possível descrever os processos de transformação que interessam a essas instituições se não se levar em conta os nexos que ligam determinadas expressões da dominação lógica de classe no interior

[280] MACHADO, Maíra Rocha; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Uma contribuição à crítica do Direito Penal. In: NOBRE, Marcos. (Org.). Curso Livre de Teoria Crítica. Campinas, SP: Papirus, 2008.
[281] DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, ICC, 2006. p 34

da sociedade às formas de dominação material que se manifestam no âmbito da produção”[283].

A partir da investigação criminológica, a questão que se impõe é a (des)conexão entre economia e penalidade, entre mercado de trabalho e sistema carcerário. O desafio, nessa análise, é evitar o determinismo histórico e o economicismo que refutam ou desprezam a complexidade da relação. Di Giorgi explica que a ligação entre tais campos não deve ser considerada como resultado do automatismo, como “uma relação mecânica mediante a qual a superestrutura ideológica da pena possa ser deduzida, de modo linear, da estrutura material das relações de produção”. Continua o autor: “ainda que ocupe uma posição de proeminência em relação a outros fatores sociais, o universo da economia simplesmente contribui para definir a fisionomia histórica dos diversos sistemas punitivos”[284].

Nesse sentido, em atenção à relação economia-sistema penal, se observa que as classes sociais pobres constituem o objetivo principal das instituições penais. A história do sistema punitivo se calcou em estratégias repressivas manejadas pelas classes dominantes para evitar ou afastar as ameaças à ordem social, por parte de pobres insubordinados. A idéia é submeter os insubordinados a condições de vida degradantes, que o desestimule da rebeldia, e torne-o dócil. Essa é a marca do imaginário penalista a partir do período capitalista, um tanto quanto diferente do período que o antecedeu. Na era pré-capitalista, a condição das classes marginais era definida por fatores antes de tudo políticos, que estabeleciam as margens de exploração da força de trabalho segundo uma estratificação social baseada em laços de servidão e dependência pessoal das classes subalternas para com as classes dominantes.[285]

É importante observar que na transição de um período em que prevalecia o regime penal disciplinar, como bem explica Foucault, centrado da destruição do corpo que refletia o poder soberano do monarca, a um regime penal que poupa o corpo com o objetivo de que, na sua produtividade, se evidencie o poder econômico do capitalista, que surge a prisão, o cárcere como cerne da relação economia-sistema penal. Di Giorgi explica: “a origem da pena detentiva está inserida no contexto das transformações sociais que ocorreram na Europa nos séculos XVI e

---

[282] Idem, p. 36.
[283] Idem, p. 36.
[284] Idem, p. 37.
[285] Idem, p. 39-40.

XVII. Naquele período, uma repentina redução demográfica, ligada em parte à Guerra dos Trinta Anos, havia determinado uma drástica carência de mão-de-obra, o que resultou na elevação progressiva dos salários. Essa situação induziu os governos dos países europeus economicamente mais avançados a rever as suas políticas em relação à pobreza. Amadurecida a idéia de que os pobres em condições de trabalhar deveriam ser obrigados a fazê-lo. Através da imposição do trabalho, tornava-se possível enfrentar, ao mesmo tempo, a praga social da vagabundagem e a praga econômica do aumento dos salários, provocado pela escassez de força de trabalho."[286]

É partir dessa nova filosofia que surgem estabelecimentos voltados ao encarceramento dos pobres: Bridewell, na Inglaterra, Hospital General, na França, e Zuchthaus e Spinhas na Holanda. O encarceramento ressurge como estratégia para o controle de lasses marginais, pobres. A partir de então, o corpo é valorizado por encerrar uma potencialidade produtiva e os sistemas de controle tem início concentrando-se nas atitudes, na moralidade, na alma dos indivíduos". Essa fase inicial é chamada por Foucault de Primeira Grande Internamento.[287]

Dessa forma, na perspectiva da economia política da pena, a prisão se consolida como estratégia orientada à produção e à reprodução de uma subjetividade operária, subalterna à fábrica, pronto a atender as exigências do nascente sistema de produção industrial. Nessa relação de mediação entre o cárcere e a fábrica surge a 'disciplina de trabalho' como categoria central. O objetivo é claro: transformar corpos insubordinados em corpos dóceis, prontos a obedecer, seguir ordens, respeitar fortes ritmos de trabalho, e que estejam prontos a aceitar o ideário capitalista. Aqui o regime, na descrição de Foucault, é o de controle disciplinar que age sobre o corpo para guiá-lo à produção da mais-valia, próprio do período fordista, industrial[288].

Assim a instituição carcerária impõe aos corpos violência física e material, com o objetivo de causar sofrimento, adestramento à base da força. Mas não é só. Além disso, tal modelo reproduz a força de trabalho assalariada por meio de uma violência em dimensão simbólica[289], tão perversa quanto a física. O cárcere passa a representar no imaginário de seus freqüentadores um modelo ideal de sociedade

[286] Idem, p. 40-41.
[287] Idem, p. 41.
[288] Idem, p. 44-45.
[289] BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

capitalista industrial, que se consolida pela descontruçao e reconstrução dos indivíduos no interior de sua estrutura física. Perpetua a cadeia: pobre torna-se criminoso, que se torna prisioneiro, que se torna proletário[290]. Nas palavras de Di Giorgi: "a instituição carcerária é pois, certamente, uma tecnologia repressiva, uma vez que impõe ao detento uma situação de privação absoluta que faz dele um sujeito totalmente dependente do aparelho de poder que o subordina. Mas é também um poderoso 'dispositivo ideológio'uma vez que lhe impõe a submissão ao trabalho como único caminho para sair desta condição".[291]

Na fase pós-fordista, que inaugura um período do excesso (diferentemente do período de carência fordista), surgem novas estratégias de controle para o que se chama agora de *multidão*[292] - um novo conceito que supera a idéia de classe trabalhadora e proletariado, e que se torna mais adequado frente à complexa relação globalizada em rede entre os sujeitos. Este período floresce a partir dos anos 1990, e se caracteriza por processos de transformação do trabalho e da produção. Ocorre o processo de transformação global da economia que estabelece o esgotamento do modelo industrial fordista. Há a ruptura com o modelo taylorista[293] de organização do trabalho, e com a estratégia fordista de regulação da dinâmica salarial[294]. Agora depara-se com um trabalho fragmentado, flexível, inseguro que exigirá novas estratégias de controle.

E isso ocorre, especialmente radicalizado nos dias de hoje, por conta da ideologia neoliberal que forjou o conjunto de crenças do *senso comum teórico*[295] a respeito do que representa o capitalismo globalizado. O trabalho, de fato, se tornou algo central para o sistema penal. Numa visão determinista herança da Escola Positiva como bem explica Morais da Rosa[296], implementa-se uma idéia maniqueísta

---

[290] DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. *op cit,* p. 45.
[291] Idem, p. 46.
[292] HARDT, Michael. NEGRIO, Antonio. Multidão: Guerra e Democracia na era do Império. São Paulo: Record, 2005.
[293] TAYLOR, Frederick Winslow. Princípios da administração científica. Trad. Arlindo Vieira Ramos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1990.
[294] DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. *op cit,* p. 64.
[295] Warat explica que "[...] a expressão 'senso comum teórico' designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas. [...] Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto." WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral do Direito – Interpretação da lei, Temas para uma reformulação. Vol. I., Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. p. 13 e 15.
[296] ROSA, Alexandre Morais da. Decisão Penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 208.

e segregadora dividindo os pobres entre aqueles do bem, que se submetem as regras do mercado e se submetem aos subempregos, e outros do mal, que resistem ao sistema e não se conformam com o lugar proposto a eles pelo mercado.

Como aponta Wacquant, o ciclo do subtrabalho no regime neoliberal é vicioso, e não oferece oportunidades às vítimas-excluídos. A própria segregação em guetos urbanos marca o destino dos excluídos. Como poucas são as ofertas de trabalho aos moradores do gueto, de regra pobres e negros ou pertencentes a minorias, acabam indo para o trabalho informal (sonegando impostos e desprovidos das autorizações legais para a atividade) ou para a prática de ilícitos penais para poderem sobreviver. Estes vão para as prisões e de lá ao saírem, não conseguem trabalho por serem ex-presidiários, e assim reinicia o ciclo.

Nesse contexto a criminalidade é erigida a fenômeno social que marca profundamente a sociedade contemporânea. Não se trata mais daquela criminalidade de outrora, que tratava o criminoso como um doente, ou, numa perspectiva evolucionista, como uma vítima do destino. A criminalidade dos nossos tempos assumiu imensa força simbólica, tornando-se um produto do mercado que é oferecido e consumido sempre na órbita da violência, do medo e do caos. Institui-se, pois, um imaginário[297] constituído de símbolos e imagens apresentado sempre como espetáculo que, carreado pela força da tecnologia midiática, entretém, ilude, amedronta, ou anestesia de acordo a conveniência e interesses momentâneos.

Em realidade trata-se de um contexto que ocorre em meio ao que Debord chamou de *sociedade do espetáculo*[298]. O espetáculo constitui "uma relação social entre pessoas, mediada por imagens" que estabelece uma visão de mundo objetivada. Cinde-se a concepção do mundo entre real e imagem, de modo que a aparência, daquilo que parece ser, assume o véu da própria realidade. O imaginário agora é alimentado por cenários forjados a base do fazer-crer daquilo que parece ser. O espetáculo iniciou já na separação entre o homem e o que ele produz, na abstração da mercadoria, é se tornou meio pelo qual o mercado neoliberal se apresenta e se mantém. A partir daí o sujeito passa a viver parcialmente no real,

---

[297] Castoriadis afirma que "falamos de 'imaginário' quando queremos falar de alguma coisa 'inventada' − quer se trate de uma invenção 'absoluta' ('uma história imaginada em todas as suas partes'), ou de um deslizamento, de um descolamento de sentido, onde símbolos já disponíveis são investidos de outras significações que não suas significações 'normais' ou 'canônicas' ('o que você está imaginando', diz a mulher ao homem que recrimina um sorriso trocado por ela com um terceiro). Nos dois casos, é evidente que o imaginário se separa do real, que pretende colocar-se em seu lugar (uma mentira) ou que não pretende fazê-lo (um romance)." CASTORIADIS, Cornelius. A Instituição Imaginária da Sociedade. Trad. Guy Reynaud. 3.ed. Rio de Janeio: Paz e Terra, 1982.

[298] DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 25.

rendendo-se ao deslizamento das imagens e representações que são consumidas através da contemplação, do desejo.

Assim, a desordem e o medo são habilmente trabalhados sempre como medo do crime, desordem provocada por criminosos, tergiversando e girando o discurso de modo respaldar o Estado Penal máximo, 'caçador de bruxas' e que permite com que os consumidores possam gozar de seu patrimônio. Não por acaso estamos em fase (nunca antes experimentada pelo capitalismo contemporâneo) de paulatina expansão punitiva. A equação, conforme demonstra Andrade, é simples: "aumento e alarma (midiático) da criminalidade = medo e insegurança = demanda por segurança = expansão do controle penal"[299].

A tecnologia, nessas circunstâncias, assume papel preponderante. A mídia, especialmente a televisiva[300], é quem se tornou a responsável por forjar o cenário permanente de insegurança e perigo, vulnerabilizando os espectadores através do medo e do pânico, tornando-os todos consumidores ávidos pelo 'mercado da segurança'. Mesmo pagando-se impostos, a credibilidade das forças públicas é muito baixa - vítima também da estratégia de lançar descrédito ao aparato estatal – e por conta disso é que se contratam seguranças privados, vigias, vigilância eletrônica, etc. Um mercado lucrativo e que simplesmente não pára de crescer e se expandir.

Para Andrade, a análise do controle penal contemporâneo leva a uma conclusão: trata-se de "um mecanismo de controle social central no capitalismo globalizado neoliberal e sua expansão, de extrema complexidade, não pode ser captada senão como um conjunto de tendências, parcialmente visíveis, parcialmente cegas, como característico de todo tempo de grandes transformações"[301]. Aponta a autora, que tais tendências movem-se simultaneamente para: a) expansão quantitativa (maximização) do controle; b) expansão qualitativa (diversificação): continuidade, combinada com redefinição de penas, método, dispositivos, tecnologias de controle; c) expansão do controle social informal – pena privada; d) minimização das garantias penais e processuais penais[302].

---

[299] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de Projeção do Controle Penal no Capitalismo Globalizado Neoliberal. P. 02

[300] BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

[301] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de Projeção do Controle Penal no Capitalismo Globalizado Neoliberal. P. 03

[302] Idem, p. 03.

Assim sendo, o controle penal do capitalismo globalizado neoliberal está envolto a problemas de estabilização da ordem, controle de criminalidade gerados e recrudescidos pelo crescente desemprego estrutural, aumento da pobreza e da exclusão social, de individualismo e intolerância exarcebadas. O contexto é traduzido pelo excesso, excesso como regra, onde as vítimas-excluídas são tratadas, coisificadas e quantificadas como excedente e reserva de mercado.[303]

Estado Penal e Mercado Penal: a pobreza como alvo da eficiência

A constatada expansão punitiva contemporânea, quase uma obsessão em países como os Estados Unidos, deve-se dizer, ocorre sob a égide de um método procedimental específico. Trata-se do *eficientismo penal*, que tem a eficiência econômica como código e base epistêmica da instrumentalização do controle criminal[304]. É através da lógica eficientista que se faz prevalecer no sistema penal a idéia de custo-benefício e de submissão do aparato penalístico aos propósitos do projeto neoliberal.

No Brasil, a eficiência já foi erigida à condição de princípio constitucional vinculador através da Emenda Constitucional n.º 019/98[305], e foi recepcionada pelos juristas pátrios, salvo exceções, como uma solução redentora aos males da pátria. Tal princípio foi aderido ao texto constitucional como parte de um projeto muito mais amplo de reformismo estatal voltado ao modelo de gestão gerencial[306]. O problema é que se confundiu, premeditadamente, as significantes eficiência e efetividade, para cooptar os incautos. De modo geral os sujeitos exigem do Estado eficiência pensando demandar efetividade de direitos fundamentais sociais. E a eficiência, é marco epistêmico de um ideário que prega exatamente o contrário.

---

[303] Idem, p. 03

[304] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão.In.....; ROSA, Alexandre Morais da. Decisão Penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[305] "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte:". BRASIL – Constituição [1988] I. Pinto, Antonio Luiz de Toledo. II. Windt, Márcia Cristina Vaz dos Santos. III. Céspedes, Lívia. São Paulo: Saraiva, 2006.

[306] BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In:* Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. _____. *et al*. (Orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

Esse fenômeno foi o que Miranda Coutinho oportunamente chamou de "*cambio epistemológico*", e que tornou o Estado brasileiro, pelo menos em grande parte, refém do receituário liberalizante imposto desde a década de noventa pelas instituições de Bretton Woods. O câmbio a que se refere trata da substituição da histórica relação causa-efeito − que desde os gregos antigos se apresentava como parâmetro epistêmico −, pela *ação eficiente*, confundindo, não por acaso, *efetividade* (que visa *fins*), com *eficiência* (que está atrelada a *meios*).[307] A gênese deste giro epistemológico, é tributada a Hayek, que assim se pronuncia: "[...] simplesmente não é verdade que nossas ações devem sua eficácia apenas ou, sobretudo, ao conhecimento que somos capazes de verbalizar e que pode, portanto, constituir as premissas explícitas de um silogismo. Muitas instituições da sociedade que são condições indispensáveis para a consecução de nossos objetivos conscientes resultaram, na verdade, de costumes, hábitos ou práticas que não foram inventados nem são observados com vistas a qualquer propósito semelhante. Vivemos numa sociedade em que podemos orientar-nos com êxito, e em que nossas ações têm boas probabilidades de atingir seu objetivo, não só porque nossos semelhantes são norteados por objetivos conhecidos ou por relações conhecidas entre meios e fins, mas porque eles são também limitados por normas cujo propósito ou origem muitas vezes desconhecemos e das quais, freqüentemente, ignoramos a própria existência".[308]

O projeto sempre esteve bem claro: combater fortemente o construtivismo, isto é, as instituições criadas deliberadamente por meio da razão.[309] É que tudo deveria, inclusive o Direito, ser pautado por *ordens naturais espontâneas* sem as ingerências de atos e decisões volitivas que pudessem gerar 'desordem'. Com o giro provocado, deixa-se de ater aos *fins*, passando-se a importar única e exclusivamente com os *meios*.[310]

É justamente neste sentido que o câmbio se revela perverso: o instrumentalista *homo faber*[311], aquele sujeito criativo, fazedor, fabricador através do

---

[307] MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. *In*: Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, n.10, 2003. p. 54.

[308] HAYEK, Friedrich August Von. Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem. Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Vol I. São Paulo: Visão, 1985. p. 05-06.

[309] HAYEK, Direito, Legislação e Liberdade, Vol I, *op.cit.*,p. 24.

[310] HAYEK, Direito, Legislação e Liberdade, Vol I, *op.cit.*,p. 40 e seguintes.

[311] Explica Arendt: "a palavra latina *faber*, que provavelmente se relaciona com *facere* ('fazer alguma coisa', no sentido de produção), aplicava-se originariamente ao fabricante e artista que trabalhava com materiais duros, como pedra ou madeira; era também usada como tradução do grego *tekton*, que tem a mesma conotação. A palavra *fabri*, muitas vezes seguida de *tignarii*, designava

trabalho, sempre com suas ações voltadas aos *fins*, ao *para quê*[312], é condenado sumariamente à morte. Em seu lugar, forja-se a figura do *homo economicus*, sempre pautado por *meios*. Reificam o sujeito e o transformam em consumidor, objeto do Mercado. E é este *ser-consumidor* que acaba por se tornar um dos principais alvos de todo o assédio eficientista.

Incorporado o parâmetro da ação eficiente ao ordenamento pátrio, os legalistas de então, quase sempre teleguiados por seus impulsos positivistas, apresentavam-se hipnoticamente satisfeitos, e rendidos ao cativante giro discursivo proporcionado pelo liberalismo tardio que erigia à condição constitucional sua base epistêmica. Agora, a crença instalada no imaginário social era a de que a ação eficiente consistia em solução para os problemas do Estado.

Mas ainda assim o eficientismo precisaria ser mediado frente ao Direito. E isso tem sido feito pelo movimento *Law and Economics* que, a partir de autores como Posner[313], instrumentalizam a aplicabilidade irrestrita de princípios econômicos ao Direito, inclusive ao Direito Penal e ao Sistema Penal como um todo[314]. A partir da lógica custo-beneficio – que relega a segundo plano garantias fundamentais – o Direito Penal e sua estrutura executiva são vistas com o olhar dos economistas, isto é, voltado a melhor alocação possível de recursos.

Assim é que o eficientismo penal leva ao modelo de *Estado Penal*, com Estado máximo e policialesco para a segurança da propriedade privada e mantença dos contratos, e Estado mínimo para o atendimento aos pleitos sociais. A incômoda pobreza não subserviente é afastada do convívio social e encarcerada em espaço próprio, o que Wacquant chama de *prisão-gueto*[315]. Isto é dizer que os pobres, em sua grande maioria negros, são 'varridos' para as prisões que parecem em muito com os guetos, ou ficam temporariamente em seus guetos, que também parecem prisões, até que a mão de ferro do Estado pese sobre suas cabeças.

O manejo do Estado Penal como braço de controle estatal do refugo de mercado – os pobres – não ocorre por acaso. É fundamentado pelo neoliberalismo

---

especialmente operários de construção e carpinteiros. Não pude determinar onde e quando a expressão *homo faber*, certamente de origem moderna e pós-medieval, surgiu pela primeira vez. Jean Leclercq [...] sugere que foi Bérgson quem 'lançou o conceito de homo faber na circulação das idéias'." ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Trad. Roberto Raposo. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 149.

[312] ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Trad. Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 167.

[313] POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 6th.ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

[314] ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law e Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[315] WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 7-8.

como instrumental indispensável para fazer cumprir as promessas do mercado às elites: liberdade para enriquecer e segurança para gozar de seus bens. O centro nervoso que impulsionou a idéia de um Estado penal máximo sem sombra de dúvida é Washington-Nova York. E o ápice do receituário econômico é a de segregação total e intolerância com a pobreza visível. Não sem razão doutrinas como o *Zero Tolerance* e *Broken Windows Theory*, ganham tanto espaço junto à sociedade. Explico.

Sob o comando do Prefeito de Nova York Rudolf Giuliani, o aparato estatal municipal encarnou o receituário do Estado Policial e implementou a política de tolerância zero para combate da criminalidade. Investimentos vultosos e antes jamais vistos foram realizados no segmento de segurança pública, sendo, de regra, sempre maior do que os investimentos em áreas sociais. O objetivo era claro: perseguir os pobres, não tolerando qualquer desvio, e punindo a ociosidade e a 'vadiagem', de modo a limpar as ruas para que os consumidores (de regra brancos) pudessem bem usufruir das benesses do mercado.

Wacquant nos traz dados e números interessantes sobre o programa: "o segundo trunfo de Bratton [Chefe de Polícia do modelo tolerância zero] é a extraordinária expansão dos recursos que Nova York destina à manutenção da ordem, uma vez que em cinco anos a cidade aumentou seu orçamento para a polícia em 40% para atingir 2,6 bilhões de dólares (ou seja quatro vezes mais do que as verbas dos hospitais públicos, por exemplo), ostentando um verdadeiro exército de 12.000 policiais para um efetivo total de mais de 46.000 empregados em 1999, dos quais 38.600 agentes uniformizados."[316].

Tal programa ainda aliou-se à outra doutrina de grande aceitação nos Estados Unidos: a doutrina "das janelas quebradas", que radicalizou a política policial para o controle de pequenos distúrbios a ordem social, na regra do excesso e de total desconsideração com as garantias processuais fundamentais. Isto é, o adágio popular de que "quem rouba um ovo rouba um boi" foi levado às ultimas conseqüências na perspectiva neoliberal. Todo e qualquer desvio de conduta passa a ser duramente penalizado. Agora o grande desvio criminal é não trabalhar, é estar na condição de desempregado, estar na ociosidade. É que para os neoliberais, de se lembrar, a ociosidade é uma faculdade e não algo imposto pelo mercado, pois basta o sujeito submeter-se aos salários pagos, e encontrará trabalho – mesmo que

[316] Idem, p. 28.

este salário seja menos do que o salário mínimo vigente e seja insuficiente para as necessidades vitais.

Mas a cargo de quem fica a missão de persuadir a sociedade de que este tipo de sistema penal é o melhor e mais democrático? Da mídia e dos Think Thanks. Think Thanks são instituições privadas de consultoria que, contando com orçamentos milionários decorrentes das generosas e 'desinteressadas' doações de empresas, treinam e doutrinam futuros membros do governo segundo o receituário neoliberal. Os mais influentes Think Thanks são estadunidenses como o Heritage, o Cato, e o Manhattan Institute. Como bem explica Wacquant: "[...] o papel eminente que cabe aos think thanks neoconservadores na constituição, depois na internacionalização da nova doxa punitiva põe em relevo os laços orgânicos, tanto ideológicos como práticos, entre o perecimento do setor social do Estado e o desdobramento de seu braço penal. De fato os institutos de consultoria que, dos dois lados do Atlântico, prepararam o advento do 'liberalismo real' sob Ronald Reagan e Margaret Thatcher através de um paciente trabalho de sabotagem intelectual das noções e das políticas keynesianas na frente econômica e social entre 1975 e 1985, com uma década de defasagem, alimentaram igualmente as elites políticas e midiáticas com conceitos, princípios e medidas em condições de justificar acelerar o reforço do aparelho penal"[317].

Os pobres, segregados em guetos e prisões, agora formam uma multidão que se denomina por *underclass* É a massa excluída, vista como reserva de mercado, e manipulada estrategicamente para manter baixos os salários gerais. É produto do trabalho escasso, inseguro. Aos integrantes dessa massa só restam dois caminhos possíveis: caminhos lícitos do subemprego, em condições insalubres, e com baixíssimos salários, ou caminhos ilícitos, voltando-se a criminalidade, tráfico de entorpecentes, furtos, etc. [318].

A grande tendência para muitos é o caminho dos ilícitos. Esses, pertencentes ao que Wacquant chama de '*marginalidade urbana avançada*', são rapidamente recolhidos pelo braço estatal neoliberal e lançados ao cárcere, ficando de fora da cena mercadológica. Varre-se o problema, sabe-se, para 'debaixo do tapete'. A tolerância com a pobreza é reduzida a zero com a anuência da sociedade que aplaude os números obtidos por administrações à moda Giuliani – tanto que se tornou, tanto quanto Bratton, seu Chefe de Polícia, grande conferencista em todo o

[317] Idem, p. 21.
[318] Idem, 43.

mundo. Claro que não mostram os números de superior efetividade do modelo de polícia comunitária de San Diego, por exemplo. O sucesso do tolerância zero é habilmente vendido pelo 'mercado da segurança' pois, além de atender a interesses ideológicos imediatos, proporciona grandes lucros.[319]

Do outro lado, do lado do cárcere, os números são assustadores e facilmente conclui-se que os judeus tinham mais conforto em alguns campos de concentração do que os presos do sistema carcerário brasileiro. As condições são indignas e fica cada vez mais difícil falar em garantias constitucionais com esse quadro vigente. Aliás, a Constituição não faz qualquer sentido para quem está preso, de regra por medida cautelar e sem qualquer condenação, por tempo excessivo, e em condições insalubres e de superlotação.

E o pior é que o nível de sensibilização social a respeito desse trágico quadro é mínimo. Os sujeitos vêm perdendo sua capacidade de pensar criticamente e de se sensibilizar do horror – talvez seja mesmo o que Arendt falou a respeito da *banalidade do mal*[320]. A mídia bem sabe apresentar o problema como espetáculo e fazer a própria sociedade, autofagicamente, alimentar-se de seu medo e insegurança. Como disse Legendre, a idéia é estabelecer uma permanente desordem, fragilizando as consciências que tornar-se-ão ávidas pelo produto 'segurança'[321]. Afinal de contas, como já nos antecipou o poeta alemão Hölderlin "onde cresce o perigo, cresce também o que salva".

Considerações Finais

O modelo político-econômico neoliberal está posto. Suas conseqüências são trágicas, especialmente no contexto do *Sul*. O mercado livre e desregulado gera vítimas em massa, que passam a ser consideradas como incapazes de adaptação, perdedores do jogo pela sobrevivência na *sociedade de consumidores*. Esse contingente de pessoas, de regra maiorias, torna-se, então, incômodo, e passa a oferecer "riscos" às elites de consumidores que precisam de 'segurança' para gozar de suas conquistas materiais no mercado.

---

[319] Idem, p. 43.
[320] ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999.
[321] LEGENDRE, Pierre. O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense-Universitária: Colégio Freudiano, 1983.

Ocorre que esse grupo de sujeitos, pertencentes ao que Wacquant e outros chamaram de *underclass*, precisa ser invisibilisado aos olhos dos consumidores de elite. Precisa ser necessariamente 'cercado' pelo sistema, de modo tal que se submeta às regras do jogo mercadológico, isto é, torne-se, como *corpo dócil* (Foucault[322]) subserviente à lógica economicista vigente. O olhar é sim de cunho evolucionista-social, no melhor estilo Hayek-Friedman. Assim, quem não aceitar baixos salários, condições insalubres, subempregos, enfim, flexibilidade e insegurança no trabalho, terá fatalmente um *gueto* como destino – o *gueto social* ou *gueto prisional*.

Essa foi a equação estabelecida pelo modelo político-econômico vigente, o neoliberalismo. Ainda que se reconheça que existam diferentes tipos de neoliberalismos pelo mundo, e que no *Sul* sua implementação é sempre tendenciosamente mais agressiva e excludente, constata-se, contudo, um receituário comum, padrão. Desregulação dos mercados, privatizações, redução do Estado, terceirização das forças públicas, e um discurso de competitividade e produtividade são os brados fortes dos defensores do modelo. Mas é de se registrar que na atual fase do neoliberalismo, dá-se, não sem propósitos, uma atenção especial ao Judiciário e ao Sistema de Justiça Penal.

O Judiciário, especialmente no Brasil, é visto como estorvo, como empecilho ao livre fluxo do megacapital estrangeiro. Aliás, este é, segundo os neoliberais, o Poder responsável pelos altos patamares do *Custo-Brasil.* Nessa visão, o Judiciário brasileiro, nos moldes em que está ainda estabelecido, encarece o país pois desestimula os especuladores estrangeiros diante da alegada 'insegurança dos contratos'. É que o Judiciário, quando atua como *garante* constitucional do Estado Democrático de Direito e faz valer direitos fundamentais sociais, desconsidera o *pacta sunt servanda* contratual, coibindo abusos e excessos, restabelecendo a plausibilidade de relações comerciais. E esta incômoda imprevisibilidade nos julgamentos custa muito caro aos empresários que desconsideram a Constituição da República em seus negócios.

O inconformismo neoliberal, contudo, traduz-se em assédio ao aparato judiciário. Desde a reforma gerencial do Estado promovida pela Emenda

[322] Os 'corpos dóceis' são o resultado desta 'sociedade de controle' conforme explica Foucault: "O Homem-máquina de La Mettrie é ao mesmo tempo uma redução materialista da alma e uma teoria geral do adestramento, no centro dos quais reina a noção de 'docilidade' que une ao corpo analisável o corpo manipulável. É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado". FOUCAULT, Michael. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Trad. Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 126.

Constitucional n.º 19/98, através do qual se elegeu a eficiência com princípio vinculador da Administração Pública brasileira, que o Judiciário tem sido alvo de sucessivas reformas pró-mercado. Basta que se vejam alguns exemplos como as *súmulas vinculantes*, a *repercussão geral*, a abreviação processual de procedimentos e ritos, a fragmentação judiciária através de unidades autônomas como os Juizados Especiais, a imposição de metas de trabalho no formato *qualidade total*. Todas propostas, de regra, voltadas para velocidade, brevidade, informatização e produtividade, com as instituições sendo avaliadas pelo resultado eficiente. E sempre ao caro preço das garantias processuais fundamentais, por evidente.

O receituário reformista com as diretrizes e o *como-fazer* são deflagradas pelas instituições financeiras internacionais. Exemplo disso é o Documento Técnico n.º 319 do Banco Mundial, que traz como título "O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma"[323]. Da década de 1990 em diante as políticas de condicionamento para liberação de recursos do Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial levaram em conta diretrizes como as constantes no referido documento. Isto é dizer que os países da América Latina e Caribe para receber incentivos para o 'crescimento' precisariam se alinhar ao movimento neoliberal de liberação de seus mercados para o capital estrangeiro – e é claro que a recíproca nunca foi verdadeira, tendo em conta os subsídios agrícolas, por exemplo.

Isso é fruto de um fenômeno de poder que radicalizou o neoliberalismo, e se tornou um parâmetro estrutural dentro do modelo político e econômico vigente. Refiro-me ao que se denominou, de modo geral, de *globalização*. Estabeleceu-se, com base na tecnologia, no movimento instantâneo, na velocidade, e na exibição de gozo (Melman), uma nova relação de poder entre as instituições e os sujeitos (Andrade). A globalização, especialmente a financeira, que se considera fundante ao sistema, representa uma extensão totalitária da lógica de dominação dos países centrais a todos os aspectos da vida. Nada escapa de seu alcance, como demonstrou Bauman.

Esse fenômeno representa o ápice da atual fase do neoliberalismo e foi o que proporcionou o 'respirar' do capitalismo contemporâneo. Deu uma imensa sobrevida ao sistema mesmo frente às periódicas crises que, em realidade, sabe-se, alimentam a estrutura. Fez surgir novas relações sociais. A partir de sua

consolidação, tais relações se tornaram mais complexas, e não mais podem ser estudadas através dos velhos paradigmas que sustentavam as narrativas modernas (Lyotard[324]). Não mais se fala em classe trabalhadora, proletariado, burguesia, Estado – no sentido Estado-nação, soberania, cidadão. Esses conceitos tornaram-se insuficientes para dar conta da complexidade do que representam. Agora os fenômenos são analisados de modo interligado, em rede, sempre. Fala-se em *multidão* (Hardt/Negri), *underclass*, Estado corporatista, acionistas globais, clientela, etc. Os atores que protagonizam a cena internacional são outros. E é preciso se dar conta disso.

Nesse novo contexto muda também o papel da Justiça Penal. Essa antes relegada a plano secundário, agora passa a segmento estratégico do neoliberalismo globalizado. Como prevalece o cinismo e a desfaçatez no que se refere ao sujeito humano, e não mais se omite que o sistema somente pode funcionar com a exclusão-morte de parcela da população, precisou-se transformar a estrutura executiva penal em verdadeira *indústria do controle penal*, a serviço do mercado - no que só seria possível através de um novo modelo, o *Estado Penal*.

Para seduzir os sujeitos e fazê-los aceitar resignadamente o horror do modelo político vigente foi preciso estrategicamente aguçar e manietar as suas fraquezas mais íntimas, e apresentar a segurança criminal como um produto a ser oferecido no âmbito do mercado penal. Assim bastou-se criar um permanente estado de caos e desordem para que os sujeitos não consiguissem pensar e nem se sensibilizar com o que acontece ao seu redor. E é a mídia televisiva quem oferece o apoio mais profícuo nessa empreitada. Subjetiva-se o criminoso, o *fora-da-lei* como o *inimigo* a ser combatido, como o *diferente*, o que oferece o risco e o perigo, sendo o suficiente para que se aceite com facilidade o *apartheid* social, com a segregação dos desviantes em guetos. O problema, é que essa indústria do controle penal só atinge a base, aqueles que não consomem.

A transição da *fábrica* para a *prisão*, no rumo da pós-industrialização, causou imensos prejuízos aos corpos humanos. Tem se tornado cada vez mais difícil falar em jurisdição constitucional e garantias processuais fundamentais em tempos de Estado Policial. O encarceramento se tornou regra, o corpo dos sujeitos

---

[323] BANCO MUNDIAL WASHINGTON, D.C. Documento Técnico n.º 319/1996. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. DAKOLIAS, Maria. Tradução: Sandro Eduardo Sarda.

[324] LYOTARD, Jean-François. A condição pós-moderna. 9.ed. Trad. Ricardo Correa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

foi transformado em alvo privilegiado da violência, física e simbólica. Retrato de uma fase em que os ricos não mais precisam dos pobres (como ocorria da fase industrial, antes da era da especulação financeira) e que prevalece a lógica do *biopoder político*, bem representado na figura metafórica do *Estado de Exceção* como nos ensinou Agamben[325]. Campo fértil para doutrinas como o *tolerância zero* e *janelas quebradas* que nos fazem relembrar a perseguição perpetrada por regimes fachistas.

O que dificulta o contra-discurso são as sedutoras pretensões neoliberais de universalidade, abstração, e neutralidade. A estratégia de associar neoliberalismo à democracia, por exemplo, no signo neoliberalismo democrático global, tem dificultado o pensar crítico e os estímulos de resposta dos sujeitos, mesmo diante do caos visível e da degradante forma de viver que se constata pelas ruas e pelo visor midiático. A categoria liberdade, sabe-se, sempre foi muito bem utilizada e manipulada para iludir, para *descolorir* e *recolorir* no imaginário criado pela crença, como bem fala Legendre[326]. E o resistir individual, fica cada vez mais prejudica.

É que como explica Melman, vige nos dias de hoje uma *nova economia psíquica* em que se perdeu *o lugar de dizer o não*. É uma nova época em que, como diz o autor "há uma nova forma de pensar, de julgar, de comer, de transar, de se casar ou não, de viver em família, a pátria, os ideais, de viver-se". A regra é o excesso, a ausência de limites, a falta de referências, de ideologias, de promessas, de figura divina-transcendente, o fim do político, em nome da exibição do gozo - o *parecer ter* ao invés do *ser*. É a estética prevalecendo sobre a ética[327]. A perda da força do argumento e do pensar que deságua na impossibilidade de consensos perenes e na violência pela violência. E o sistema penal se tornou o lugar por

---

[325] AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer*:* O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004; _____. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

[326] "A crença, eis para nós um termo chave, a fim de convencer o leitor de que na instituição social como na neurose, não estamos longe do fazedor de feitiços. O trabalho do jurista (depois, o de seus sucessores hoje na empresa dogmática) é exatamente a arte de inventar as palavras tranqüilizadoras de indicar o objeto de amor onde a política coloca o prestígio e de manipular as ameaças primordiais." E mais adiante: "O sistema jurídico funciona para peneirar, descolorir e recolorir, destruir e reconstruir tendo em vista a grande obra: adestrar para o amor do Poder." LEGENDRE, O Amor do Censor, *op.cit.*, p. 24 e 34.

[327] Melman explica este fenômeno como resultado da "nova economia psíquica" e afirma: "Estamos lidando com uma mutação que nos faz passar de uma economia organizada pelo recalque a uma economia organizada pela exibição do gozo. Não é mais possível hoje abrir uma revista, admirar personagens ou heróis de nossa sociedade sem que eles estejam marcados pelo estado específico de uma exibição do gozo. Isso implica deveres radicalmente novos, impossibilidades, dificuldades e sofrimentos diferentes. [...] o céu está vazio tanto de Deus quanto de ideologias, de promessas, de referências, de prescrições, e que os indivíduos têm que se determinar por eles mesmos, singular ou coletivamente". MELMAN, O Homem sem Gravidade: gozar a qualquer preço. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003, p. 16.

excelência dos sujeitos destes tempos. Polarizaram-se as posições: ou estamos na ordem global ou no alcance do código penal. Não há saídas visíveis há curto prazo. O que nos resta, por hora, é enxergarmos as conexões, e não olharmos o novo com os olhos do velho. Seria, penso, um começo importante.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer*:* O poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004;

_____. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In*: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana. Trad. Roberto Raposo**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

_____. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999

BORÓN, Atilio. **A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal**. *In*: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico. Trad. Fernando Tomaz**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

_____. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado**. *In:* Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. _____. *et al*. (Orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CASTORIADIS, **Cornelius. A Instituição Imaginária da Sociedade***.* Trad. Guy Reynaud. 3.ed. Rio de Janeio: Paz e Terra, 1982.

COMBLIN, José. **O Neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século**. 3.ed. Vozes: Petrópolis, 2001.

DE GIORGI, **Alessandro. A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, ICC, 2006.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

EZCURRA, Ana María. **Qué es el Neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente**. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2002.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem**. Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Vol I. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **O Caminho da Servidão**. Trad. e revis. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, e Liane de Morais Ribeiro. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HARDT, Michael. NEGRIO, Antonio. Multidão: **Guerra e Democracia na era do Império**. São Paulo: Record, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Parte I.** Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1993.

KEYNES, John Maynard. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1983.

KLEIN, Naomi. **A Doutrina do Choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. Trad. Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LAURELL, Asa Cristina. **Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo.** *In*: _____. (Org.). Estado e Políticas Sociais no Neoliberalismo. Trad. Rodrigo Leon Contrera. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEGENDRE, Pierre. **O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária: Colégio Freudiano, 1983.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 9.ed. Trad. Ricardo Correa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MACHADO, Maíra Rocha; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Uma contribuição à crítica do Direito Penal.** In: NOBRE, Marcos. (Org.). Curso Livre de Teoria Crítica. Campinas, SP: Papirus, 2008.

MACHADO, Maíra Rocha; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Uma contribuição à crítica do Direito Penal**. In: NOBRE, Marcos. (Org.). Curso Livre de Teoria Crítica. Campinas, SP: Papirus, 2008.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. Princípio **Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Conceito, 2009.

MELMAN, Charles. **O Homem sem Gravidade: gozar a qualquer preço**. Entrevistas por Jean-Pierre Lebrun. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social**. *In*: Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, n.10, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law e Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 6th.ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 2 ed. Vol IV. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Os processos de Globalização**. In: _____ (Org.). Globalização: Fatalidade ou Utopia? Porto: Edições Afrontamento, 2001. p. 31.

SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros: a crise de crédito de 2008 e as suas implicações**. Lisboa: Almedina, 2008.

TAYLOR, Frederick Winslow. **Princípios da administração científica**. Trad. Arlindo Vieira Ramos. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1990.

VIRILIO, **El Cibermundo, la política de lo peor**. Trad. Mónica Poole. Madrid: Cátedra, 1999. p. 16.

_____. **Velocidad y Política**. Buenos Aires: La Marca, 2006.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito – Interpretação da lei, Temas para uma reformulação. Vol. I.**, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WILLIAMSON, John. **A economia aberta e a economia mundial: um texto de economia internacional**. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1996.