

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ  
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E  
PRODUÇÃO DO DIREITO**

**REFLEXÕES SOBRE OS MECANISMOS DE COOPERAÇÃO  
EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL NO CONTEXTO  
TRANSNACIONAL**

**WALDEMAR MORENO JÚNIOR**

**Itajaí-SC novembro/2018**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ  
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E  
PRODUÇÃO DO DIREITO**

## **REFLEXÕES SOBRE OS MECANISMOS DE COOPERAÇÃO EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL NO CONTEXTO TRANSNACIONAL**

**WALDEMAR MORENO JUNIOR**

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

**Orientador: Prof. Dr. Francisco José de Oliveira Neto**

**Itajaí-SC novembro/2018**

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



---

Professor Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto  
Orientador

---

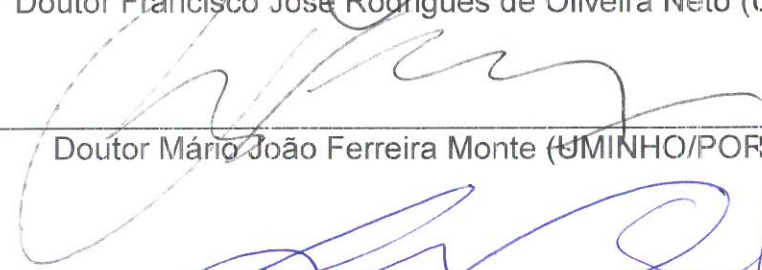
Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz  
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Comissão Examinadora composta pelos Professores



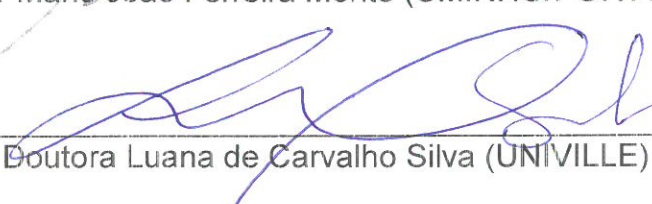
---

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



---

Doutor Mário João Ferreira Monte (UMINHO/PORTUGAL) – Membro



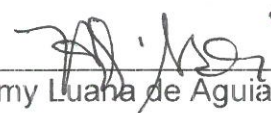
---

Doutora Luana de Carvalho Silva (UNIVILLE) – Membro



---

Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI) – Membro



---

Doutora Natammy Luana de Aguiar Bonissoni (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 20 de novembro de 2018.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor Francisco de Oliveira Neto, orientador desta, por sua paciência, disciplina e determinação, meu reconhecimento pela heroica tarefa de me orientar e aprumar o trabalho na direção correta.

Ao Professor Doutor Paulo Marcio Cruz, por ser rigoroso, pontual e sincero em suas orientações.

Aos professores do programa de doutorado da Univali, a certeza da qualidade e do compromisso com a docência.

Aos professores Orlando Luiz Zanon Junior e Carla Pfiffer pela ajuda, correções e sugestões apresentadas na qualificação.

Aos professores da banca examinadora pela contribuição para o aprimoramento e refinamento da presente Tese.

## DEDICATÓRIA

Dedico a presente tese a todos aqueles que me guiaram, conduziram, mostraram o caminho a seguir:

A minha esposa Luci e meus filhos Matheus e Felipe, sem vocês eu não estaria aqui, horas de ausência, nervosíssima impaciência, que somente foram suportados e superados pela certeza de suas companhias.

Meus irmãos Dalva e José Antônio, obrigado por serem os exemplos de minha vida.

À Univille, por incentivar e apoiar a conclusão do presente doutoramento, sinto orgulho de pertencer a essa instituição.

Aos amigos e professores da Univille, que me suportaram e ajudaram nessa trajetória.

Aos amigos e companheiros do doutorado, não os irei nominar, mas vocês sabem de sua importância e participação no presente trabalho.

A meus falecidos pais Waldemar Moreno e Dalva Siqueira Moreno, eu só cheguei até aqui graças a vocês.


“A glória é tanto mais tardia quanto mais duradoura há de ser, porque todo fruto delicioso amadurece lentamente.”

*Arthur Schopenhauer*

## TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

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

Itajaí-SC, 20 de novembro de 2018.



**Waldemar Moreno Junior**

**Doutorando**

## RESUMO

A presente tese de doutorado está inserida na linha de pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade, na Área de Concentração Constitucionalidade, Transnacionalidade e Produção do Direito e tem com foco realizar uma reflexão sobre os mecanismos de cooperação internacional em matéria processual penal no contexto transnacional. Para tanto, mobilizou-se um repertório teórico-crítico fundamentado metodologicamente em uma revisão bibliográfica, que na fase de investigação, segundo Pasold é indutivo: já na fase de Tratamento dos Dados, o método é cartesiano e; no presente relatório da Pesquisa, foi empregada a base indutiva. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica, e do fichamento. Para tanto, a presente tese foi estruturada em quatro capítulos que versam em um primeiro momento sobre uma reflexão das transformações nas formas de Estado e de Direito, em que são apresentadas as premissas teóricas fundamentais da tese. Em um segundo capítulo, são abordados os conceitos de Transnacionalidade e Globalização a partir do Estado Nação, apontando os novos atores jurídicos e outros atores emergentes desta “Constelação Pós-Nacional”, nomeada por Jürgen Habermas, intitulado “Transnacionalidade”. No terceiro capítulo foi realizada uma explanação sobre o processo penal em um cenário transnacional, destacando o instituto da cooperação internacional. Neste capítulo, a cooperação internacional foi tematizada conceitualmente, bem como seus limites na persecução em matéria processual penal. No quarto capítulo e, último, o foco são as formas de cooperação internacional, como ela tem sido apresentada, as potencialidades, alguns exemplos, uma reflexão crítica sobre o punitivismo e formas alternativas de solução de conflitos em matéria processual penal. Por fim, a presente tese conclui que o novo paradigma do direito (processual penal) constituído sob os fluxos da globalização e da Transnacionalidade aposta em um marco de competência de caráter material, pois o territorial e o pessoal, por natureza, mostraram-se insuficientes e de restrita eficácia.

**Palavras-chave:** Persecução Penal; Transnacionalismo; Delitos Transnacionais; Consensualidade; Cooperação.

## ABSTRACT

This PhD thesis is part of the line of research State, Transnationality and Sustainability, of the Area of Concentration of Constitutionality, Transnationality and Production of Law. Its aim is to reflect on the mechanisms of international cooperation in criminal procedural matters in the transnational context. For this purpose, a theoretical-critical repertoire was mobilized methodologically, based on a bibliographical review; the method in the investigation phase, according to Pasold, is inductive; but in the Data Processing phase, the method is Cartesian. And in the final research report, the inductive basis was applied. The techniques of referent, category, operational concepts, bibliographical research and annotation were implemented. This thesis was structured in four chapters. The first reflects on the changes in the forms of State and Law, in which the fundamental theoretical premises of the thesis are presented. The second deals with the concepts of Transnationality and Globalization of the Nation State, pointing out the new legal actors and other emerging actors of this "Postnational Constellation", which Jürgen Habermas calls "Transnationality". The third chapter gives an explanation of the criminal process in a transnational scenario, highlighting the institute of international cooperation. In this chapter, international cooperation was conceived conceptually, as were its limits on prosecution in criminal procedural matters. In the fourth and final chapter, the focus is on the forms of international cooperation and how it has been presented, outlining its potentials and giving some examples, as well as a critical reflection on punitivism and alternative forms of conflict resolution in criminal procedural matters. The thesis concludes that the new paradigm of law (criminal procedure) constituted under the flows of globalization and Transnationality is based on a mark of competence of a material nature, since the territorial and the personal, by nature, have proven to be insufficient and restricted in their effectiveness.

Keywords: Criminal Persecution; Transnationalism; Transnational Crimes; Consensuality; Cooperation.

## RESUMEN

La presente tesis de doctorado está inserta en la línea de investigación Estado, Transnacionalidad y Sostenibilidad, en el Área de Concentración Constitucionalidad, Transnacionalidad y Producción del Derecho y tiene como foco realizar una reflexión sobre los mecanismos de cooperación internacional en materia procesal penal en el contexto transnacional. Para ello, se movilizó un repertorio teórico-crítico fundamentado metodológicamente en una revisión bibliográfica que, en la fase de investigación, según Pasold es inductivo: ya en la fase de Tratamiento de los Datos, el método es cartesiano y; en el presente informe de Investigación, se empleó la base inductiva. Se accionaron las técnicas del referente, de la categoría, de los conceptos operativos, de la investigación bibliográfica, y de ficha. Para ello, la presente tesis fue estructurada en cuatro capítulos que versan en un primer momento sobre una reflexión de las transformaciones en las formas de Estado y de Derecho, en que se presentan las premisas teóricas fundamentales de la tesis. En un segundo capítulo, se abordan los conceptos de Transnacionalidad y Globalización a partir del Estado Nación, apuntando a los nuevos actores jurídicos y otros actores emergentes de esta "Constelación Pos-Nacional", nombrada por Jürgen Habermas, titulado "Transnacionalidad". En el tercer capítulo se realizó una explicación sobre el proceso penal en un escenario transnacional, destacando el instituto de la cooperación internacional. En este capítulo, la cooperación internacional fue tematizada conceptualmente, así como sus límites en la persecución en materia procesal penal. En el cuarto capítulo y, último, el foco son las formas de cooperación internacional, como se ha presentado, las potencialidades, algunos ejemplos, una reflexión crítica sobre el punitivismo y formas alternativas de solución de conflictos en materia procesal penal. Por último, la presente tesis concluye que el nuevo paradigma del derecho (procesal penal) constituido bajo los flujos de la globalización y de la Transnacionalidad apuesta en un marco de competencia de carácter material, pues el territorial y el personal, por naturaleza, se mostraron insuficientes y de estricta eficacia.

Palabras clave: Persecución penal; transnacionalismo; Delitos Transnacionales; consensualidad; Cooperación.

## ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>BIRD</b>	Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
<b>FAO</b>	Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura
<b>FEBRABAN</b>	Federação Brasileira de Bancos
<b>IBERRED</b>	Rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional
<b>INTERPOL</b>	Organização Internacional de Polícia Criminal
<b>MERCOSUL</b>	Mercado Comum do Sul
<b>MRE</b>	Ministério das Relações Exteriores
<b>MP</b>	Ministério Público
<b>OMC</b>	Organização Mundial do Comércio
<b>UNIDROIT</b>	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
<b>OIT</b>	Organização Internacional do Trabalho
<b>OIs</b>	Organizações Intergovernamentais Internacionais
<b>OMS</b>	Organização Mundial de Saúde
<b>ONG</b>	Organização Não Governamental
<b>ONU</b>	Organização das Nações Unidas
<b>OTAN</b>	Organização do Tratado do Atlântico Norte
<b>UNODC</b>	Escritório das Nações Unidas sobre Drogas
<b>PNUMA</b>	Programa das Nações Unidas para o Ambiente
<b>RRAG</b>	Rede de Recuperação de Ativos
<b>SCI</b>	Secretaria de Cooperação Internacional
<b>UE</b>	União Europeia
<b>UNESCO</b>	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a

	Cultura
<b>UNICEF</b>	Fundo das Nações Unidas para a Infância
<b>UNASUL</b>	União de Nações Sul-Americanas
<b>WBCSD</b>	Conselho Empresarial Mundial para o Desenvolvimento Sustentável
<b>WWF</b>	Fundo Mundial para a Natureza

## ROL DE CATEGORIAS<sup>1</sup>

(1) **Administração Pública:** É o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao poder político, em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do poder político e as operações, as atividades administrativas.<sup>2</sup>

(2) **Autorregulação:** autorregulação se prática na sociedade e, conseqüentemente, no mercado. Ela pode ser entendida como a capacidade do mercado para encontrar seus próprios equilíbrios, sem ingerência alguma dos poderes públicos.<sup>1</sup> Consiste num sistema de normas internas que visam prevenir a instituição de negociações de cunho ilícito, além das instituições bancárias pode também ser aplicado as instituições de cunho empresarial, sobretudo, as multinacionais, considerando que as últimas constituem-se em atores transnacionais.

(3) **Cenário transnacional de Estado:** pode ser caracterizado como uma complexa rede de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual nascem novos atores, interesses e conflitos, os quais, a seu turno, demandam respostas eficazes do Estado. Nota-se, a forma transnacional é a primeira a desconsiderar a fundamentalidade do território para o exercício de suas funções<sup>3</sup>.

---

1 “Denominamos Categoria a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia” “[...]o Pesquisador pode prosseguir sua investigações e/ou reflexões a partir desta primeira compreensão estrutural do texto”. Os conceitos operacionais aqui apresentados, ou “definições de palavras ou expressões para os efeitos das ideias que expomos”, são os “conceitos operacionais propostos” que, segundo Pasold, são os “formulados doutrinariamente e de aceitação livre, dependendo de uma série de fatores como: a sua logicidade e/ou a sua praticidade e/ou a sua cientificidade e/ou acatamento pela comunidade científica (às vezes por adesão ao modismo, em outras não por isso, mas sim pela sua validade intrínseca)”. Em relação às suas origens, são utilizados tanto os “adotados”, ou “já elaborados por outro autor”, com a devida citação da fonte, como os decorrentes de “composição”, que são aqueles que “resultam da elaboração do Pesquisador, seja pela utilização de ideias de outros autores (sempre referidos, evidentemente), combinadas com as do próprio Pesquisador, seja pela criação original deste” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Revista, ampliada e atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p.27,34, 39 e 40.)

2 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 65.

3 *Id. Ibid.* p. 93.

(4) **Compliance**: evoluiu de um princípio da atividade empresarial para um instituto jurídico através do qual as empresas ou instituições exercem uma correção ou uma autorregulação regulada visando, sobretudo, organizarem-se para evitar atividades ilícitas e identificarem operações suspeitas.

(5) **Conceito de Forma de Estado (Estado Unitário ou Estado Composto)**. Forma de Estado. O modo de exercício do poder político em função do território dá origem ao conceito de Forma de Estado. Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se Estado Unitário. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial [...] gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramos-nos diante de uma Forma de Estado Composto, denominado Estado Federal ou Federação de Estados.<sup>4</sup>

(6) **Constituição do Estado**: Considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.<sup>5</sup>

(7) **Estado Absoluto**: ocorre através de um duplo processo paralelo de concentração e de centralização do poder num determinado território. Por concentração, entende-se aquele processo pelo qual os poderes através dos quais se exerce a soberania – o poder de ditar leis válidas para toda a coletividade [...], o poder jurisdicional, o poder de usar a força no interior e no exterior com exclusividade, enfim o poder de impor tributos - são atribuídos de direito ao soberano pelos legistas e exercidos de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes. Por centralização, entende-se o processo de eliminação de ordenamentos jurídicos inferiores, como as cidades, as corporações, as sociedades particulares, que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos

---

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 98.

5 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015.

originários e autônomos, mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou tolerância do poder central<sup>6</sup>

(8) **Estado Constitucional de Direito:** Conjunto de limites e vínculos jurídicos formais e substanciais que devem envolver qualquer exercício de poder, não só público como também privado, não apenas do poder executivo, mas igualmente do legislativo, e não somente o ordenamento estatal, como também nas relações internacionais.<sup>7</sup>

(9) **Estado de Direito moderno**<sup>8</sup>: forma de Estado legislativo, no momento em que esta instância se fortalece, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido. Em resumo, uma norma jurídica será válida, independentemente de ser justa, mas por ter sido criada por uma autoridade dotada de competência normativa e de acordo com os procedimentos formais.<sup>9</sup>

(10) **Estado estamental:** pode ser lido como um modelo de Estado em certa medida precário, afinal não desenvolveu todas as suas características, mantendo-se fiel aos valores mais caros do feudalismo. Nessa modalidade de Estado, o rei e demais ordens – estamentos – formam a comunidade política. A legitimidade central repousa no monarca, entretanto não se distancia dos estamentos, criando um espaço cooperativo, pautado pela unidade social e espacial<sup>10</sup>.

(11) **Estado liberal:** Pode ser reconhecido na adoção do princípio da separação de poderes. Usado com meio de limitar os poderes do soberano, na medida em que instala um sistema de freios e contrapesos, a separação de poderes, classicamente, passa a pautar os horizontes da administração do Estado, bem como sua distribuição política.

---

6 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015, p. 115.

7 FERRAJOLI, 2007, p. 461-462.

8 Apesar de algumas divergências, o termo “moderno” é utilizado pela história como referência ao período que se inicia após o fim do mundo medieval, pela irrupção de um novo estágio de desenvolvimento que se identifica com o Humanismo e o Renascimento. As profundas e revolucionárias alterações ocorridas nos séculos XVI e XVII justificaram esta ideia que foi consagrada pela historiografia. (SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4-5)

9 FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 16.

10 HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 158-161.

(12) **Estado pré-moderno:** As bases pré-modernas do Estado podem ser observadas até meados do século XIV, quando, no continente europeu, vertem novos revolucionários ares. O arcabouço prático-teórico posto a serviço das cidades gregas e do império romano e, paralelamente, os textos sagrados do judaísmo, cristianismo e islamismo, fomentaram os alicerces do pensamento político gerador da concepção ocidental moderna de Estado.

(13) **Fundamentos de governo da República:** sedimentam-se nas leis da natureza, de forma que o soberano somente a elas estaria subordinado. Na República (Estado) de Bodin, impera o pressuposto de irresponsabilidade política, instrumentalizada pela soberania absoluta e perpétua<sup>11</sup>.

(14) **Jurisdição:** A capacidade que o Estado possui de elaborar e impor decisões imperativamente. Mas não se resume apenas a isso. Por meio da jurisdição se dá vazão à exigibilidade da paz social, além do denominado controle social, o qual pode ser extraído da soberania, nos termos anteriormente postos<sup>12</sup>.

(15) **Law and intersystemic communication: understanding 'structural coupling'.** Tradução livre: "Lei e comunicação intersistêmica: compreendendo o acoplamento estrutural" "O termo é usado aqui para abranger dois tipos de fenômenos familiares. O primeiro consiste em regimes regulatórios emergentes ou recentemente expandidos com alcance ou ambição supranacionais: por exemplo: direitos humanos internacionais, regulação transnacional da internet e da propriedade intelectual, justiça criminal internacional, direito financeiro e comercial internacional, arbitragem comercial internacional e lex mercatoria moderna. e o direito da OMC. Cada vez mais, as leis (e as formas de regulação que alguns observadores chamam de lei e outras não) ultrapassam as fronteiras do estado - mas muitas vezes não na forma do direito internacional tradicional que liga os estados como sujeitos. Às vezes, a lei transnacional contorna as autoridades estaduais ou as utiliza como condutas para regulamentações criadas e interpretadas principalmente por agências que não são autoridades estaduais. Às vezes é criado "não oficialmente" na prática profissional ou como autorregulação coletiva. Então,

---

11 BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Tradução de: Pedro Bravo. Madrid: Aguillar, 1973, p. 45.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107.

mais lei "oficial" tem que decidir como lidar com isso. Frequentemente, a lei transnacional destina-se a afetar indivíduos, organizações ou grupos diretamente. Portanto, "transnacional" refere-se a um alcance através das fronteiras do estado-nação. O segundo aspecto, não menos importante, do transnacionalismo jurídico é a influência exercida diretamente nas políticas e práticas regulatórias dos países-nações por meio de pressões econômicas, culturais e políticas que tomam forma fora de suas fronteiras e, nessa medida, além de seu controle.

(16) **Modelo social-democrático:** Importa nas suas caracterizações e, notadamente, na substancialidade da participação popular nos assuntos do Estado, na supremacia material da Constituição, na declaração e satisfação dos direitos sociais, mas sobretudo, na promoção da dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>.

(17) **Ordem jurídica global:** a) esta ordem jurídica global baseia-se em normas setoriais; b) há um vazio hierárquico no ordenamento global; c) não existe uniformidade no ordenamento global; d) carece de um marco divisor entre público e privado; e) poder normativo e poder executivo necessitam estar separados; f) disposições contratuais gozam da mesma importância de atos normativos; g) a ordem global não se presta somente a sujeitos de Direito Público; h) o dever de observância do Rule of Law; i) a possibilidade de disputas multipolares; j) um ordenamento voltado a resolução de controvérsias; k) a diversidade de órgãos globais que transcendem o Direito Internacional; l) a penetração do direito global no direito nacional; e m) a ausência de caráter formalmente vinculante, baseado na adesão voluntária<sup>14</sup>.

(18) **Outros atores emergentes:** As organizações não governamentais (ONGs) e demais categorias que incluem todas as entidades políticas, econômicas e comerciais, que operam de forma transnacional, ou seja, em um plano distinto do estatal, sem observar os limites impostos pelas fronteiras entre Estados, e cujos membros não são os governos ou seus representantes legais, mas sim os representantes dos interesses particulares e específicos que podem eventualmente

---

13 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

14 CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009. p. 131-135.

coexistir com os interesses de determinados Estados, sendo identificados com atores transnacionais<sup>15</sup>.

(19) **Paradigma transnacional de Estado moderno:** para determinadas correntes pós-moderno pode ser caracterizado como uma complexa rede de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas eficazes dos Estados. A forma transnacional é a primeira a desconsiderar a fundamentalidade do território para o exercício de suas funções<sup>16</sup>.

(20) **Soberania:** Consequentemente, na acepção moderna da categoria: reflete um poder de ordenação superior, como idealizado por Kelsen, incontestável em uma determinada sociedade política territorialmente disposta. Sinteticamente, a evolução da soberania implica: a) na limitação do exercício do poder político; b) o surgimento de declarações dos direitos do homem e constituições escritas; e c) a afirmação do preceito jurídico da autodeterminação dos povos, marco no Direito Internacional<sup>17</sup>.

(21) **Transição do Estado – nacional para era transnacional:** Está fundada numa nova configuração do sistema político; na diversidade de atores transnacionais e nacionais que cooperem entre si, substituindo as relações internacionais de conflito por relações transnacionais de cooperação e solidariedade. No âmbito do direito, a transnacionalização serve para incluir todas as normas que regulam atos e fatos que transcendem as fronteiras transnacionais, possibilitando o surgimento de um Direito transnacional<sup>18</sup>. O Estado transnacional passa a relacionar-se no âmbito externo a

---

15 WERNER, Guilherme Cunha. **O Crime Organizado Transnacional e as Redes Criminosas:** Presença e Influência nas Relações Internacionais Contemporâneas. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. p. 48.

16 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.

17 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.

18 Agentes transnacionais lançam instrumentos jurídicos cogentes que incidem sobre a máquina estatal e as pessoas diretamente, no qual o devido processo legislativo é acessório, ou até mesmo, desnecessário, instalando um panorama complexo e ambíguo. Ambíguos em razão de proceder na produção normativa sobre bases contratualísticas, mixando público e privado na circulação de modelos jurídicos. A título de ilustração citem-se as determinações do Banco Mundial, as políticas internas da *ICANN*, as exigências impostas pela FIFA, os termos de aceitação de sites na internet. Assim, o primado da lei é em definitivo deslocado para funções de justificações de decisões consensuais prévias celebradas em cenários transnacionais. (STAFFEN, *op. cit.* p. 36-37).

partir da cooperação entre os povos, superando o conflito de disputas em temas internacional e supranacional<sup>19</sup>

---

19 TOMAZ, Roberto Epifanio. Transnacionalidade: uma proposta à globalização hegemônica. *In*: GRADOS, Guido Cesar Aguila *et alli*. (Orgs). **Constitucionalismo em Mutação**: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica. Blumenau: Nova Letra, 2013. p. 223.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>20</b>
<b>1. FORMAS DE ESTADO E DE DIREITO.....</b>	<b>29</b>
1.1. PREMISSAS TEÓRICAS.....	29
1.2 FUNDAMENTOS DO ESTADO MODERNO .....	31
1.3 CARACTERES DO ESTADO MODERNO .....	37
1.4 FORMAS DE ESTADO.....	49
1.5 ESTADO DE DIREITO .....	65
<b>2. TRANSACIONALISMO .....</b>	<b>74</b>
2.1 TRANSNACIONALISMO: DA PAZ DA VESTFÁLIA A BRETTON WOODS.....	74
2.2 A CONSTELAÇÃO PÓS-NACIONAL .....	83
2.3 NOVOS DIREITOS, NOVOS ATORES.....	90
2.3.1 As empresas transnacionais .....	92
2.3.2 As organizações não-governamentais (ONGs).....	96
2.3.3 As Organizações Intergovernamentais Internacionais (Olls) .....	100
<b>3. O PROCESSO PENAL NO CENÁRIO TRANSNACIONAL .....</b>	<b>104</b>
3.1 OS LIMITES DO DIREITO NACIONAL E DO DIREITO INTERNACIONAL.....	104
3.2 ORDENAMENTO JURÍDICO, SISTEMAS E PLURALISMO NO TRANSNACIONALISMO .....	108
3.3 DIREITO ESTATAL E AUTORREGULAÇÃO.....	113
3.4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS .....	117

3.5 CRIMINALIDADE TRANSNACIONALIZADA .....	124
3.6 COOPERAÇÃO E OS LIMITES DE PERSECUÇÃO EM MATÉRIA PENAL .....	131
<b>4. RESPONSABILIDADE DO PROCESSO PENAL À TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS DELITOS .....</b>	<b>137</b>
4.1 NOVAMENTE OS LIMITES DA SOBERANIA ESTATAL.....	137
4.2 GOVERNANÇA E COLABORAÇÃO INSTITUCIONAL .....	144
4.3 AUTORREGULAÇÃO E AUTORREGULAÇÃO REGULADA.....	152
4.4 PUNITIVISMO E CONSENSUALIDADE .....	161
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>173</b>
<b>REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....</b>	<b>185</b>

## RESUMO

A presente tese de doutorado está inserida na linha de pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade, na Área de Concentração Constitucionalidade, Transnacionalidade e Produção do Direito e tem com foco realizar uma reflexão sobre os mecanismos de cooperação internacional em matéria processual penal no contexto transnacional. Para tanto, mobilizou-se um repertório teórico-crítico fundamentado metodologicamente em uma revisão bibliográfica, que na fase de investigação, segundo Pasold é indutivo: já na fase de Tratamento dos Dados, o método é cartesiano e; no presente relatório da Pesquisa, foi empregada a base indutiva. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica, e do fichamento. Para tanto, a presente tese foi estruturada em quatro capítulos que versam em um primeiro momento sobre uma reflexão das transformações nas formas de Estado e de Direito, em que são apresentadas as premissas teóricas fundamentais da tese. Em um segundo capítulo, são abordados os conceitos de Transnacionalidade e Globalização a partir do Estado Nação, apontando os novos atores jurídicos e outros atores emergentes desta “Constelação Pós-Nacional”, nomeada por Jürgen Habermas, intitulado “Transnacionalidade”. No terceiro capítulo foi realizado uma explanação sobre o processo penal em um cenário transnacional, destacando o instituto da cooperação internacional. Neste capítulo, a cooperação internacional foi tematizada conceitualmente, bem como seus limites na persecução em matéria processual penal. No quarto capítulo e, último, o foco são as formas de cooperação internacional, como ela tem sido apresentada, as potencialidades, alguns exemplos, uma reflexão crítica sobre o punitivismo e formas alternativas de solução de conflitos em matéria processual penal. Por fim, a presente tese conclui que o novo paradigma do direito (processual penal) constituído sob os fluxos da globalização e da Transnacionalidade aposta em um marco de competência de caráter material, pois o territorial e o pessoal, por natureza, mostraram-se insuficientes e de restrita eficácia.

**Palavras-chave:** Persecução Penal; Transnacionalismo; Delitos Transnacionais; Consensualidade; Cooperação.

## **ABSTRACT**

This PhD thesis is part of the State, Transnationality and Sustainability research line, in the Area of Concentration Constitutionality, Transnationality and Production of Law, and is focused on reflecting on mechanisms of international cooperation in criminal procedural matters in the transnational context. In order to do so, a theoretical-critical repertoire has been mobilized methodologically in a bibliographical revision, that in the investigation phase, according to Pasold is inductive: already in the Data Processing phase, the method is Cartesian and; in this research report, the inductive basis was used. The techniques of the referent, the category, the operational concepts, the bibliographical research, and the file were triggered. In order to do so, the present thesis was structured in four chapters that deal first with a reflection of the transformations in the forms of State and Law, in which the fundamental theoretical premises of the thesis are presented. In a second chapter, the concepts of Transnationality and Globalization from the Nation State are addressed, pointing out the new juridical actors and other emerging actors of this "Postnational Constellation", named by Jürgen Habermas, entitled "Transnationality". In the third chapter, an explanation of the criminal process was carried out in a transnational scenario, highlighting the international cooperation institute. In this chapter, international cooperation was conceived conceptually, as well as its limits on prosecution in criminal procedural matters. In the fourth and last chapter the focus is on the forms of international cooperation, how it has been presented, the potentialities, some examples, a critical reflection on punitivism and alternative forms of conflict resolution in criminal procedural matters. Finally, the present thesis concludes that the new paradigm of law (criminal procedure) constituted under the flows of globalization and Transnationality bets on a framework of competence of a material character, since the territorial and the personal, by nature, have proved insufficient and of restricted effectiveness.

Keywords: Criminal Persecution; Transnationalism; Transnational Crimes; Consensuality; Cooperation.

## INTRODUÇÃO

A presente tese de doutoramento visa realizar uma reflexão sobre os mecanismos de cooperação internacional em matéria processual penal no contexto transnacional. A partir do objeto delineado, problematiza-se a eficácia do processo penal perante as demandas de combate à criminalidade em tempos de globalização e transnacionalização das condutas delitivas, tendo como referente o contributo da consensualidade no âmbito da jurisdição penal.

A transnacionalidade requer uma série de desafios, de mudanças no ordenamento interno, nas regras formuladas pelas agentes internacionais e também nos ordenamentos jurídicos, nacionais e sistemas transnacionais. Porém, observa-se que são sempre os Tribunais dos países mais fortes a julgar a validade, segundo o seu ordenamento interno, das regras formuladas pelas agências internacionais independentes, havendo diferenças entre normas globais, normas nacionais e normas locais.

Por outro lado, a consolidação de expedientes jurídicos transnacionais supre demandas de regulação com carácter eminentemente negocial, restando aberta a necessidade de modelos jurídicos transnacionais que façam frente aos vazios em matéria de persecução penal e cooperação, especialmente pela superação dos expedientes clássicos, como cartas rogatórias e *exequatur*.

Nessa esteira, torna-se clara a crise do princípio da territorialidade dos sistemas penais, o qual é lançado, cada vez mais, na direção da internacionalização das políticas criminais, ocasionando um redirecionamento nas estruturas repressivas e nas leis processuais dos diferentes países. Ao mesmo tempo em que a territorialidade se mitiga, há que se considerar, como via suplementar, o desenvolvimento de mecanismos de consensualidade no âmbito da jurisdição penal, nas múltiplas fases de sua persecução.

A proposição de pesquisa de tese doutoral se justifica pela necessidade de uma análise crítica e de adequação de conceitos e instituições clássicas em relação aos novos tempos e a eventual convergência desses para com os desafios da contemporaneidade.

Nesse sentido, as noções tradicionais sobre Estado, Poder, Processo Penal, Norma, Sistemas Processuais e Criminalidade desafiam a uma nova compreensão e, em igual medida, a uma nova e atualizada funcionalidade, com capacidade eficaz para conseguir sustentar um papel ativo para o Estado, sem defender seu término, habilitado para enfrentar o desafio da globalização das demandas e pretensões jurídicas, bem como, para promover diálogos e relações institucionais com os novos atores.

O tratamento prestado aos chamados crimes transnacionais à comercialização de produtos, como carros, eletrônicos e afins, na medida em que há expansão das estruturas criminalizantes quando confrontadas com movimentos que aceleram a “obsolescência” daquilo tido como “velho”, com ulterior apresentação do que é considerado “novo”, pondo este último como a única escolha plausível para o dito consumidor.

Partindo da premissa de que definir é estabelecer limites, fixar fronteiras, dimensionar fatores, pode-se considerar que, no campo das ideias, definições sejam formas de impor uma interpretação, um estereótipo, quase como a produção da imagem de um produto comercial. Por essa razão, ao procurar definir uma categoria como Criminalidade Organizada Transnacional se está, na verdade, confirmando um determinado discurso de poder e, conseqüentemente, reafirmando certas políticas criminais. Indo além, o consenso construído em volta dessa determinada categoria irá operacionalizá-la, ao passo que produzirá as necessárias condições ao exercício de poder.

O processo de transnacionalização do crime não se deu de maneira uniforme em cada continente. Ele se desenvolveu de forma distinta, conforme as particularidades de cada contexto social e econômico, cujas atividades foram impulsionadas especialmente pela revolução ocorrida na tecnologia de comunicação e informática.

Paradoxalmente, o fracasso dogmático do Crime Organizado Transnacional é, por outra banda, um sucesso ideológico e mercadológico. Triunfo ideológico, porque a pseudo especificação de sentido à categoria possibilita a concentração das estratégias puramente repressivas a grupos limitados de agentes,

vistos como inimigos, manipuláveis segundo os interesses dos detentores de poder internacionalmente, e, simultaneamente, desvia o foco de grandes questões transnacionais. Triunfo mercadológico, porque a etiqueta “Crime Organizado” passou a permear os discursos dos políticos, as programações televisivas, os noticiários e, com mais importância, os códigos das instituições responsáveis pela criminalização.

Nessa toada, o principal traço identificador das organizações criminosas parece ser a sua perenidade, a sua capacidade de se perpetuar no tempo independentemente da carreira criminosa individual de seus integrantes. Em suma, tem-se que, para uma justa análise da criminalidade em âmbito transnacional, devem ser analisadas as políticas públicas de prevenção e contraste, sua investigação, as experiências mais importantes e os pontos que fortalecem o efeito dos dispositivos de prevenção.

Para tanto, atribui-se como objetivo científico geral a defesa dos expedientes de consensualidade na jurisdição penal como via para obtenção de maior efetividade do processo penal em tempos de transnacionalidade e de crise do Estado nacional.

Os objetivos específicos são: a) estudar os atributos, funções e competências do Estado Democrático de Direito; b) avaliar os impactos da globalização nas instituições derivadas do Estado-nação; c) compreender o fenômeno da transnacionalidade; d) analisar os impactos que a transnacionalidade produz na produção, interpretação e aplicação do Direito nacional e internacional; e) apresentar a crise de eficácia do processo penal oriunda do transnacionalismo e da criminalidade organizada transnacional; f) argumentar sobre a responsividade da consensualidade para a efetividade do processo penal em tempos de transnacionalidade.

Para satisfação do objeto da pesquisa, elege-se como problema de investigação a questão sobre: a consolidação de expedientes de consensualidade na jurisdição penal pode ser utilizada como via para obtenção de maior efetividade ao processo penal em tempos de transnacionalidade e de crise do Estado nacional?

Para a presente pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) as matrizes de construção do Estado Democrático de Direito e suas ações na atualidade importam no fenecimento do Estado;

b) a globalização econômica produziu por via reflexa um processo de globalização do Direito, responsável por um transnacionalismo que desafia respostas jurídicas capazes de limitar os novos poderes;

c) o advento de expedientes delitivos transnacionais e a circulação de modelos jurídicos conduzem à crise do processo penal tradicional (territorializado), reclamando mecanismos de interlocução institucional, típicos da consensualidade, não apenas na fase decisória dos processos, mas, sobretudo, em momentos de inteligência e investigação.

Em que pese as linhas e argumentações já destinadas ao tema do Estado, do Transnacionalismo, do Processo Penal e da Criminalidade Transnacional, o presente estudo, ao decompor analiticamente os preceitos de cada um desses fenômenos, sinaliza a premência de se construir um novo modelo jurídico destinado ao processo penal hábil aos anseios contemporâneos de persecução penal, com garantias típicas do Estado de Direito paulatinamente sofisticado e com tutela de direitos e garantias fundamentais, capaz de limitar e minimizar os impactos nefastos da criminalidade transnacional sem arrepio ao Estado de Direito e ao devido processo legal.

Para o objetivo, defende-se em via contra majoritária que a globalização e a transnacionalidade não decretam o fim do Estado, como se pensa em linhas gerais. Embora não detenha mais a hegemonia institucional de poder e de normatização, determinadas características estatais são majoradas, outras, realocadas para o contexto institucional vigente. Mesmo que o modelo hegeliano de Estado tenha encontrado mitigações, em determinados casos Estados fortes subsistem. Portanto, há uma consistente argumentação que sinaliza a continuidade do Estado como ator político, social, institucional e normativo relevante, porém não o único.

Tal perda de atributos hegemônicos e homogeneizadores decorre, na proposta dessa tese, do cambiamento do ponto político e de construção de poder sobre o Estado. Se, na Modernidade, o Estado restou projetado sobre os alicerces

dos Tratados de Vestfália, atualmente, com a dinamicidade da globalização que atingiu o nacional e o jurídico, o Estado resta matizado pelas estruturas convencionais dos acordos de Bretton Woods.

Nesse contexto, tal mudança de paradigma e de forma de exercício dos poderes normativo, institucional e jurídico, faz com que os modelos de persecução penal recebam novas pressões, não apenas por aspectos hipotéticos ou retóricos, mas por incidentes realistas e pragmáticos. Na presente tese, demonstra-se como esse giro atinge e reorganiza tanto as ações de persecução penal com velocidade, como a dinâmica da criminalidade agora transnacionalizada. Se, no modelo Moderno, desde os Tratados da Vestfália, a relação crime e processo penal era tratada como assunto doméstico abaixo do império do Estado soberano nacional, com o avanço da cartilha neoliberal global, a relação crime e processo penal passa a sofrer influxos de ordem eficientes, abaixo da equação custo-benefício, tanto para o crime, quanto para a sanção, ao ponto do crime se tornar um mercado altamente sensível e globalmente organizado, sendo difícil delimitar e isolar nacionalmente os atos criminosos.

Sustenta a tese que, apenas a atividade normativa forte e atuante dos Estados nacionais, que pode repercutir ou não na atividade jurisdicional, não é capaz de fazer frente substancial aos mecanismos transnacionais de criminalidade. Some-se, nesse cenário, toda a dificuldade que encontram os Estados perante as Organizações Internacionais para definir, enfrentar e controlar a criminalidade transnacionalizada e globalmente espalhada. Assim, nem um modelo monista, nem um modelo dualista são habilitados para a resolução desse problema global.

Logo, vias de originalidade e ineditismo são contundentemente fixadas quando da proposição de atividades horizontalmente coordenadas, materialmente conectadas e juridicamente fundamentadas para tratamento da criminalidade transnacionalizada, desde o ponto da persecução penal inicial, com capacidade de articular novas fontes normativas, os novos atores de controle e fiscalização com eficácia, eficiência e sobretudo, efetividade. Nesse sentido, a cooperação penal em temas de criminalidade transnacional não pode se valer apenas de cartas rogatórias, *exequatur*, escritórios da ONU e atuação de entes burocráticos nacionais.

Ademais, para se punir alguém é necessária a produção de provas. Na era transnacional, principalmente nos crimes praticados em vias globais, a atividade compulsória probante não encontra proteção penal. Crimes transnacionais são provados por meios domésticos que ora são transplantados, ora meramente referenciados, de modo que contraditório e ampla defesa não são alcançados pelo instrumento atual que é a carta rogatória.

Defende-se que a importância da cooperação judicial não se deposita prioritariamente na satisfação de ordens judiciais em território estrangeiro. A cooperação judicial que se propõe deve priorizar instrumentos de convergência e mitigação de discrepâncias entre sistemas persecutórios em matéria penal, segundo os preceitos do Estado de Direito, resguardando direitos, garantias e presunções individuais substancialmente. A transnacionalidade, os preceitos de cooperação judicial e a circulação de modelos jurídicos auxiliam nesse desafio.

Evidente que defender a ideia de universalização dos preceitos do processo penal talvez não seja a medida mais viável nessa quadra da História, mesmo que se possa utilizar conceitos como dignidade da pessoa humana, proibição da tortura, legalidade e direito de defesa, como presentes em todas as ordens jurídicas nacionais. Contudo, fazer convergir garantias e direitos correlatos a estes entre o maior número de Estados e Organizações tem o condão de promover com mais efetividade e eficácia os valores do Estado de Direito, enquanto reduz a gama de atuação e as facilidades das condutas criminais, que escolhem seus centros de atuação conforme a condescendência de normas inefetivas ou inexistentes, mas que impactam transfronteiramente.

Portanto, ao tempo em que modelos processuais se conservam domésticos e regionalizados, o resultado observado é o solapamento do Estado de Direito, notadamente contra os indivíduos, a impotência das autoridades responsáveis pela persecução e o aumento dos lucros oriundos da criminalidade. Caso determinado Estado, individualmente, eleve seu rigor e sua efetividade persecutória, essa conduta não reduz o ato delitivo, apenas desloca seu lugar de ação.

Mas não é apenas essa a consequência mais drástica e perniciosa. Tal volatilidade impacta em Estados com dimensões distintas e discrepantes de proteção jurídica aos seus cidadãos e aos estrangeiros. Sem tal atenção, o enfrentamento circunscrito da criminalidade transnacional apenas majora o problema jurídico, político, normativo e institucional emergente, pois ao se reconhecer a condição transnacional do crime, com a transnacionalização do processo penal de determinado Estado para outro, aleija as condições do próprio Estado e do Estado de Direito.

Diante de fenômenos como a criminalidade organizada transnacional, a defesa de efetivo modelo cooperativo de persecução penal pautado por Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, fundamenta a importância de proteger as garantias relativas à pena e, antes, ao processo de formação de culpa. Desse modo, tipificar, investigar, oferecer denúncias e imputações, fixar oportunidades de defesa e contraditório para, ao final, julgar, exige o tratamento transnacionalizado equacionado com a circulação efetiva e paritária de garantias processuais. Estas garantias perenizam os limites e controles dos poderes, mas, diante das mudanças nas estruturas normativas advindas da globalização, necessitam estar presentes não apenas como exercício do poder de império dos Estados, mas nos atos de cooperação institucional e nos expedientes de *soft law* e autorregulação, de modo que, quanto mais difusa for a pretensão de combate à criminalidade transnacionalizada, maior responsividade haverá através do processo penal.

Ante o exposto, resta registrar como aptidões decorrentes da tese podem auxiliar no enfrentamento do problema da efetividade do processo penal transnacional, especialmente pelas vias da consensualidade, de modo a deixar claro o aspecto propositivo para além da descrição da problemática fática.

No primeiro dos casos, induzir a consensualidade em sede de jurisdição penal pode contribuir para atos de comunicação entre juízes sem a necessidade de estruturas hierárquicas verticalizadas dos tribunais, o que consome tempo e dá ensejo a prescrições, afastando a efetividade do processo. O modo dialógico e horizontalizado não apenas se conforma com os parâmetros do transnacionalismo, mas, também pode ser analogicamente associado às inovações introduzidas desde

2015 no Código de Processo Civil, quando passou-se a admitir a cooperação transnacional.

Em razão das práticas recentemente admitidas na processualidade brasileira e exportadas para outros países, não se pode perder de vista a intensificação do uso de instrumentos de consensualidade nas fases de persecução penal para enfrentamento dos alcunhados “crimes dos poderosos”. A partir da dita “Operação Lava-Jato” e seus desdobramentos em sede do Poder Judiciário, produziu-se uma guinada legitimada jurisprudencialmente pelos Tribunais e pelos órgãos de persecução que ampliou os meios de cooperação judicial transnacional como meio de satisfação das demandas de efetividade do processo penal. Desde então, a complexidade de crimes que envolvem agentes transnacionais e/ou práticas desterritorializadas de criminalidade não se mostra enfrentada senão pela consensualidade transnacional.

Também há que se observar as possibilidades de contribuição do modelo proposto para o enfrentamento de operações criminais que podem surgir no comércio de moedas eletrônicas, chamadas genericamente de criptomoedas. Nas linhas dos documentos denominados “termos de uso”, deve haver espaço para disposição consensual sobre eventual provocação da jurisdição quando do caso de furtos, apropriações indevidas, uso irregular de informações e outras fraudes. Isso consolida não apenas a exigência de uma *rule of law*, mas também corrobora as práticas de *soft law* e autorregulação regulada com o objetivo claro de preencher uma vazão total de efetividade ao processo penal quando da ocorrência desses casos.

Quanto à metodologia, serão considerados os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica-PPCJ/UNIVALI.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação o método<sup>20</sup> utilizado será o Indutivo, na fase de tratamento dos dados, o Cartesiano e, no presente relatório da pesquisa, é empregada a base indutiva<sup>21</sup>.

---

20 “Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. (PASOLD, 2011,p. 206).

21 Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, 2011, p. 81-105.

Foram acionadas as técnicas do referente<sup>22</sup>, da categoria<sup>23</sup>, dos conceitos operacionais<sup>24</sup>, da pesquisa bibliográfica<sup>25</sup> e do fichamento.

---

22 "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, 2011, p. 54.

23 "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". *Id. Ibid.*, p. 25.

24 "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas". *Id. Ibid.*, p. 37.

25 "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". *Id. Ibid.*, p. 207.

## CAPÍTULO 1

### FORMAS DE ESTADO E DE DIREITO

#### 1.1. PREMISSAS TEÓRICAS

Inicialmente, insta salientar que, ao evoluir, o Estado historicamente se fixa em formas fundamentais adotadas ao longo dos séculos, o qual se reinventa com o Estado Antigo, Estado Grego (*polis*), Estado Romano (*civitas*), Estado Medieval (principado, reino ou república; *reich* ou *staat*) e Estado Moderno<sup>26</sup>. Sinteticamente, o Estado se apresenta como uma forma histórica de organização jurídica do poder, própria das sociedades civilizadas, posterior no processo de evolução de outras formas de organização política<sup>27</sup>. Relembrando Pedro Manoel Abreu, ontologicamente, a concepção de Estado paira sobre um organismo dotado de funções próprias, ou seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada, uma entre as mais variadas formas de manifestação de poder<sup>28</sup>.

As bases pré-modernas do Estado podem ser observadas até meados do século XIV, quando, no continente europeu, verteram novos revolucionários ares. O arcabouço prático-teórico posto a serviço das cidades gregas e do império romano e, paralelamente, os textos sagrados do judaísmo, cristianismo e islamismo, fomentaram os alicerces do pensamento político gerador da concepção ocidental moderna de Estado<sup>29</sup>.

O fato de gregos e romanos comungarem características linguísticas, culturais, sociais e históricas auxiliou grandemente a coabitação de noções políticas, respeitando-se as devidas proporções inerentes aos distintos momentos da

---

26 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 60.

27 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**. , 2015, p. 36.

28 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 58.

29 CHÂTELET, François *et alli*. **História das idéias políticas**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 15 ss.

história<sup>30</sup>. Entretanto, como faz lembrar Fustel de Coulanges<sup>31</sup>, existem razões concretas para não se confundir o aparato político e organizacional da antiguidade com o Estado nascido no século XV.

A vinculação de poder e religião, nesse aspecto, produziu, especialmente no território das cidades gregas, a erradicação das liberdades individuais, fundando-se nas relações ultrassubjetivas. Nesse ponto, localiza-se a principal distinção deste modelo de poder para o paradigma de Estado Moderno, no qual a condição de validade reside justamente no ideário da construção e manutenção das liberdades individuais.

Se, por um lado, nas matrizes greco-romanas, a fragilidade de compreensão conceitual de Estado despontava do fundamento religioso de poder e da negação das liberdades individuais, por outro, no medievo, as causas para o não reconhecimento da existência de um Estado se deve à fragmentação do poder político em diversos eixos, a exemplo da Igreja, do senhorio e dos burgos<sup>32</sup>. A instituição de um sistema de caráter estamental que, posteriormente, assumiu aspectos dualistas, levando em conta a relação príncipe – estamento, converteu-se em um regime de excepcionalidade do uso do poder político. Nesse momento histórico, nota-se, não se discute sobre “poder estatal”, mas utiliza-se, sim, somente o termo “poder político”, confundindo-se, praticamente, Estado com soberania<sup>33</sup>.

Em que pese o estudo centrar-se nos temas e bases do Estado Moderno, não se pode perder de vista suas matrizes estamentais. O marco teórico mais característico do Estado estamental é a transição. Este não foi completamente extinto, porém forneceu importantes atributos ao Estado Moderno.

O Estado estamental pode ser lido como um modelo de Estado em certa medida precário, afinal não desenvolveu todas as suas características, mantendo-se fiel aos valores mais caros do feudalismo. Nessa modalidade de Estado, o rei e demais ordens – estamentos – formam a comunidade política. A legitimidade central

---

30 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015. p. 38.

31 COULANGES, Numa Demis Fustel. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de: Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975. p. 8.

32 STAFFEN, *op. cit.* p. 39.

33 HELLER, 1968, p. 158-161.

repousa no monarca, entretanto não se distancia dos estamentos, criando um espaço cooperativo, pautado pela unidade social e espacial<sup>34</sup>. No entanto, a rigidez desse espaço de cooperação abre caminho para uma faceta absolutista do modelo de Estado.

É fundamental corroborar que tal modelo de organização é sustentado sobre o poderio do rei, mediante uma ordem contratual selada entre senhorio e proprietário, com clara preponderância daquele. Não se nega, de forma alguma, o *status* patrimonial que predomina o Estado estamental. A manutenção do pacto político-patrimonial demanda a criação de aparatos militares e burocráticos, bem como a organização das estruturas arrecadatórias, evidenciando um marco embrionário no Estado estamental para o paradigma moderno<sup>35</sup>.

A partir da concentração de poderio no rei surge o Estado Absoluto. Sendo a lei, única e exclusivamente, a vontade do rei, pouquíssimas são as normas definidoras de poder. Não há nada capaz de breçar os desejos reais. O Estado de matriz absolutista fomentou a confusão entre o público e o privado já presente no Estado estamental, incluindo somente a redução constante das liberdades privadas.

Outrossim, somente após o surgimento de cidades-livres, *locus* da incipiente burguesia capitalista - primeiramente comercial, depois industrial - e da nova dinâmica social, claramente mais veloz, é que o Estado na sua forma absoluta tem suas bases de verdade e poder inquestionáveis comprometidos.

## 1.2 FUNDAMENTOS DO ESTADO MODERNO

Muito embora a utilização do termo Estado remonte aos mais diversos períodos históricos, a sua utilização vinculada ao regular exercício do poder, vincula-se a Maquiavel. Desde sua obra “O Príncipe”, lançada em 1531, Maquiavel<sup>36</sup>, já em linhas inaugurais, faz uso da palavra Estado no sentido de organização social

---

34 HELLER, 1968, p. 158-161.

35 VOLPI, Mauro. **Libertà e autorità**. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2010. p. 27-29.

36 MAQUIAVEL, Nicolò. **O príncipe**. Tradução de: Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 1998.

estruturada pelo exercício do poder de forma permanente e duradoura<sup>37</sup>. Nesse diapasão, denota-se da análise da construção teórica do italiano os preceitos mais próximos à concepção atual e corrente de Estado.

O Estado, na acepção política Moderna, passa a ser entendido como um grupo social que vive em certo espaço territorial, sob a égide de um sistema normativo e governado por representantes políticos. Há, nesse espaço, a coabitação de um elemento humano, espacialmente organizado em torno de uma ordem política soberana. Perante este quadro, evidencia-se que alguns pensadores, como Hermann Heller, cingem ao Estado Moderno o embrião do Estado<sup>38</sup>. Por outro lado, nos dizeres de Carl Schmitt, o Estado não é um conceito geral e estático, amplamente válido para todos os momentos históricos, mas, justamente, conceitos construídos em muito pela História que remontam à ideia e à prática de soberania, peculiar às Sociedades civilizadas<sup>39</sup>.

À luz dos estudos sociológicos de Jellinek, lê-se a compreensão do Estado como organização territorial (espacial) erigida em um poder de mando originário<sup>40</sup>. Sob outra ótica, na filosofia de Kant, o Estado passa a ser definido como a reunião de uma multidão de homens sob as leis do mesmo Direito<sup>41</sup>. A seu turno Hegel<sup>42</sup> atribui ao Estado a totalidade Ética, enquanto Kelsen<sup>43</sup> preceitua a essência na normatividade da própria conduta humana.

O Estado, então, surge com pujança no século XVI. Apesar de elementos típicos na antiguidade clássica, todavia, somente no trânsito à Modernidade é que os principais elementos caracterizadores do Estado fundem-se no mesmo núcleo. Vale ressaltar que a Modernidade, surgida do declínio do feudalismo, encampa valores caros do Humanismo e do Renascimento, pretendendo organizar o convívio em

---

37 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 30-31

38 HELLER, 1968, *passim*.

39 SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992. p. 52.

40 JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Buenos Aires: Albatros, 1954. p. 135.

41 KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

42 HEGEL. **Grundlinien der philosophie des rechts**. 3. ed. Stuttgart, 1952.

43 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: UnB, 1990. p. 191.

sociedade de acordo com preceitos racionais, centralizadores e concentradores do poder no Estado.

Não obstante, a Modernidade é caracterizada pelo predomínio da razão sobre as antigas tradições, da ação científica e tecnológica sobre o modelo de controle social, da produção sobre a reprodução e, de igual forma, do universalismo sobre o localismo<sup>44</sup>. O referido período configura, sem sombra de dúvidas, o conflito crítico ao irracional, ao tradicional, ao costumeiro e às superstições; a preterição das leis da natureza em favor do controle do mundo natural, não mais ao seu ajuste.

Marca-se que o processo de racionalização catalisador da modernização da sociedade e a passagem do medievo para o Renascimento, ao se aliar com o princípio da soberania, dá origem ao Estado Moderno fundado em uma teorização de poder inabalável e inexpugnável sediado dentro de uma autoridade central, unitária e detentora do monopólio da coerção social. Nessa linha, o que se percebe são os traços de artificialidade que deram cores à soberania, sendo, ainda nos idos de 1920, objeto de crítica por Hans Kelsen<sup>45</sup>.

Dentro dessa seara, merecem atenção os postulados de Maquiavel. A essencialidade trazida por Maquiavel ultrapassa o emprego primeiro da expressão Estado, mas por o ter doutrinado sobre o expressivo poder central soberano legiferante, o qual, segundo ele, é capaz de decidir sem a necessidade de compartilhar tal poder com ninguém, tanto sobre as questões internas como quanto às externas de uma coletividade, ou seja, de poder que realiza a laicização da *plenitudo potestatis*.<sup>46</sup>

Nessa acepção, Jean Bodin leve ao ápice o desenvolvimento jurídico do instituto da soberania. Ciente da plenitude do poder, Bodin, disserta de modo a

---

44 TOURAINE, Alain. Uma visão crítica da modernidade. **A Modernidade**: Cadernos de Sociologia. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS. Porto Alegre, v. 5, n. 5, 1993, p. 32.

45 KELSEN, Hans. O problema da soberania e a teoria do direito internacional. Contribuição para uma doutrina pura do direito. Tradução de: A. Carrino. Milão: Giuffrè, 1989. p. 469. *op. cit. in*: KARVAT, Thaysa Prado. **Soberania**: O desenvolvimento de um conceito na sociedade internacional contemporânea. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/619/582>. Acesso em: 09 set. 2017.

46 MAQUIAVEL, 1998.

refutar os postulados de Maquiavel. Tal situação é perceptível na opção pela expressão República em vez de Estado, nos escritos do francês. Para Bodin, os fundamentos de governo da República sedimentam-se nas leis da natureza, de forma que o soberano somente a elas estaria subordinado. Na República (Estado) de Bodin impera o pressuposto de irresponsabilidade política, instrumentalizada pela soberania absoluta e perpétua<sup>47</sup>.

Outrossim, a construção teórica sustentada sobre bases vazias é ponto comum nos escritos de Bodin e Maquiavel. Ambos os pensadores, ao tratarem da autossuficiência do poder e da soberania, deixam sem respostas os fundamentos desses marcos teóricos. A partir desta lacuna teórica, surge uma corrente no pensamento político interessada em fundar as bases do Estado em um contrato.

Por outra perspectiva, constatando que o homem vive em constante e ininterrupta belicosidade entre todos no seu estado de natureza, Thomas Hobbes alega que o indivíduo, temeroso por sua vida, compactua com uma organização política que seja capaz de reunir todos os poderes e toda a força, apta a subjugar todo e qualquer poder individual, habilita, sem delongas, a existência de um Estado em formato absoluto.

Fazendo uso da lendária alegoria do Leviatã, Hobbes determina a origem e função do Estado na limitação que o homem impõe a si próprio, transferindo suas faculdades no exercício do poder para o Estado, autoridade pública, soberana, una, exclusiva, indivisível e substancialmente ilimitada. De tal modo, o contrato selado em favor da criação do Estado sedimenta-se, essencialmente, na obrigação de pacificação social dos contratantes, pouco importando os meios utilizados para a realização dos fins pretendidos<sup>48</sup>.

John Locke, ao elaborar uma releitura dos postulados filosóficos de Aristóteles, realoca com pioneirismo a liberdade e a igualdade como elementos essenciais do homem em seu estado de natureza, e insere tais marcos nos princípios do contrato social. Contudo, o estado de liberdade resulta na fragilidade da defesa de seu patrimônio pelo próprio homem. Assim, com escopo de viabilizar a

---

47 BODIN, 1973, p. 45.

48 HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 95-100.

defesa do patrimônio, convencionam-se a cessão parcial de liberdades para a instituição de meios apropriados à tutela da propriedade e à liberdade dela decorrentes. A legitimidade do Estado, nessa leitura, encontra-se expressamente na vontade dos sujeitos<sup>49</sup>.

Maquiavel, Bodin, Hobbes e Locke coadunam, portanto, quanto à caracterização do Estado como instrumento de resolução de conflitos sociais, garantidor da paz civil e regulamentador dos antagonismos. Colocam, dessa feita, novas atribuições nas colunas do Estado, em especial ênfase, a Jurisdição, vista agora como obrigação, pois inexitem na ótica destes autores meios mais eficazes para a solução dos conflitos internos.

Todavia, todas as construções teóricas desenvolvidas em favor do Estado até determinado momento histórico careciam situar a sociedade civil. Coube a Montesquieu e Rousseau a inserção da sociedade civil no seio do pensamento político<sup>50</sup>. A seu turno, Montesquieu atribuiu a igualdade dos sujeitos ao medo compartilhado na fase pré-estatal, assemelhando-se ao contratualismo de Locke. A partir da debilidade surge a necessidade de um pacto social, de uma ordem pública e de um direito positivo apto a evitar a desagregação. No momento em que Montesquieu defende a manutenção de uma ordem social em sede de contratualismo, produz instrumentos para a contenção do absolutismo do Estado mediante a separação dos poderes<sup>51</sup>.

Rousseau, por sua vez, reconhece o livre arbítrio dos homens em seu estado de natureza, os quais sempre corresponderão às suas necessidades. Porém, com o surgimento da propriedade, a condição humana foi alterada, fomentando a efervescência das competições intersubjetivas. Para que esse estado de desequilíbrio seja neutralizado, Rousseau vê no contrato social o fundamento legítimo para o exercício da autoridade sobre os indivíduos. Deve prevalecer para o bem geral a vontade geral<sup>52</sup>.

---

49 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de: Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 249.

50 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015. p. 47.

51 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 27 ss.

Cabe referenciar que a compreensão majorada de sociedade civil, todavia, somente será integrada na própria noção de Estados pelas mãos de Hegel. Embora argumentando de maneira diversa de Rousseau, coube ao pensador alemão impor condições de declínio ao individualismo. Os marcos teóricos empregados por Hegel, habilitaram novos caminhos ao Estado, os quais foram adotados, posteriormente, por Marx, Engels, Gramsci e Heller.<sup>53</sup>

Max Weber visualiza na construção do Estado moderno o uso costumeiro da expropriação do privado pelo poder público, seguindo as diretrizes do modelo estamental de Estado<sup>54</sup>. A divisa de ordem torna-se, novamente, a prevalência do público em detrimento do privado, fazendo com que recursos administrativos, bélicos, financeiros e outros convenientes tornem-se sujeitos ao crivo do Estado, habilitando nos espaços vazios a consolidação da empresa capitalista, quando autorizada a funcionar e arrecadar, devidamente, ao fisco.

Nesse sentido, aponta o autor alemão, como as características mais fundamentais do Estado Moderno: a) a existência de um aparato administrativo; e b) a detenção do monopólio legítimo da força. Assim, o Estado moderno transforma-se, definitivamente, num modo pelo qual o poder político instrumentaliza o monopólio da coerção e da regulação em seu território, por meio da soberania, através de um ordenamento jurídico unitário, formalmente igualitário e impessoal<sup>55</sup>.

A partir da disposição do aparato teórico até então abordado, insta seguir dissertando por meio da afirmativa de ser o Estado Moderno uma forma particular de organização e regulação coercitiva, que, por disposições de reciprocidade, tem unido elementos humanos em um espaço territorial determinado, mantendo padrões de convívio pela autoridade obtida pelo exercício da soberania.

---

52 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: (ou princípios de direito político). Tradução de: Lourdes Santos Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 33.

53 BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** – “novos” direitos e acesso à justiça. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 54.

54 WEBER, Max. A denominação. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevan (Orgs.). **Política e sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979. p. 16.

55 MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. Bolonha: Società Editrice il Mulino, 2005. p. 11.

### 1.3 CARACTERES DO ESTADO MODERNO

Indo além, resta clara a necessidade de analisar o Estado mais profundamente do que a tríade tradicional elemento humano – território – soberania, observando-se a perspectiva da pacificação social institucionalizada e o documento jurídico que o constitui, leia-se, respectivamente, jurisdição, burocracia e constituição.

Tradicionalmente, e em linhas gerais, a comunidade humana associada pela vontade de seus integrantes em viverem sob a mesma ordenação jurídica, que se funde na união pelo mesmo sentimento de direito e por comunhão de interesses caracteriza o povo, o qual, por sua vez, dá origem ao Estado. Para Streck e Bolzan de Moraes, a ideia de população engloba todos os homens, mesmo que temporariamente estejam inseridos em um território, sem a compulsoriedade de vínculos com o Estado<sup>56</sup>. De modo diverso, o termo povo exige a vinculação do homem e sua coletividade social com a ordem normativa do Estado em que se situa.

Considerando o elemento humano enquanto ente constituinte, não demora a ser encampado e neutralizado pela criatura, o Estado. Cabe lembrar Reinhold Zippelius para afirmar que o poder do Estado é sempre um domínio sobre os homens; no Estado territorial é domínio sobre o povo que vive sob seu território<sup>57</sup>. Ademais, é de se ressaltar que a vinculação homem – território remonta na tradição ocidental ao texto bíblico, fonte legitimadora da teorização do Estado.<sup>58</sup>

Fica, de tal modo, instituída a máxima da indisponibilidade do Estado da condição humana, expressa na impossibilidade de renúncia do homem perante o Estado. Se, anteriormente, a condição humana remontava à concessão clerical, com o advento da Revolução Francesa, e, ainda, com o Renascimento, os reflexos da secularização deslocaram o núcleo da concessão dos atributos do homem (sujeito), para o Estado<sup>59</sup>.

---

56 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 165-166.

57 ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução de: Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 92.

58 SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Tradução de: Silvio Mattoni. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 55.

59 SUPIOT. 2007, p. 66.

Entende-se, não obstante, que o tratamento dado ao homem pelo Estado, perante o Estado, é composto pelo desiderato de dominação, mesmo que por vias democráticas. A democracia (representativa/indireta), presta-se a enfraquecer o povo (o elemento humano), na medida que instrumentaliza a máxima de dividir para dominar<sup>60</sup>.

Por outra banda, porém de suma importância, território é a parte física sobre a qual será fixado o elemento humano e se dará a execução do ordenamento jurídico soberano do Estado, no interior desse espaço aplicar-se-á o poder coercitivo do Estado. Para Hermann Heller a “comunidade de espaço é a condição essencial da unidade estatal”<sup>61</sup>. Tal unidade decorre não da relação de justaposição física do solo, mas, sobretudo, da utilização de um governo uno; da concretização exclusiva do poder soberano<sup>62</sup>. O pressuposto do Estado Moderno sedimenta-se, desta feita, na validade das normas no elemento territorial, não mais no elemento humano.

Repisa, nesta mesma linha de pensamento, José Afonso da Silva para dizer que território é o limite espacial dentro do qual o Estado poderá exercer, de modo exclusivo e efetivo, o poder de império sobre as pessoas e os bens que dentro de sua área limítrofe se encontram. Por isso, conclui-se que a forma com que o poder político é exercido dentro de cada porção territorial dá origem, diretamente, ao conceito de Forma de Estado (Estado Unitário ou Estado Composto).

Forma de Estado. O modo de exercício do poder político em função do território dá origem ao conceito de Forma de Estado. Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se Estado Unitário. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial [...] gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramos-nos diante de uma Forma de Estado Composto, denominado Estado Federal ou Federação de Estados.<sup>63</sup>

Por conseguinte, necessita-se que o território esteja perceptivelmente definido, para que o elemento humano que nele está inserido saiba seu local na

---

60 RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução de: Fernando Marques. Lisboa: Mareantes, 2007. p. 132.

61 HELLER, 1968, p. 179.

62 STRECK, *et al.*, 2006, p. 164.

63 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 98.

organização do Estado. De acordo com Paulo Bonavides, diversas teorias buscam dispor sobre as origens do território. Embora seja possível observar um apelo majoritário aos aspectos da teoria território-espço, território como expressão espacial da soberania do Estado; e, da teoria território-competência, território como elemento de validade da norma, não restou completamente esquecida a noção território-patrimônio, onde o Estado se confunde com a propriedade imobiliária, ou seja, público-privada.

Tem-se verificado todavia dúvidas quando se trata de indagar se o território é ou não elemento constitutivo do Estado [...] Mas não faltam autores — e aliás em maior número — que esposam a tese oposta, a saber, o território “faz parte” do Estado, é elemento constitutivo e essencial, e sem ele o Estado inexistiria. O território estaria para o Estado assim como o corpo para a pessoa humana. Criticando a posição de Donati, um jurista italiano fez essa curiosa observação: suponhamos que todos os habitantes do principado de Liechtenstein emigrassem para o estrangeiro. Acaso levariam eles consigo o Estado?<sup>64</sup>

Desse modo, nos ensina Hermann Heller que as fronteiras políticas da individualidade estatal não aparecem assinaladas de um modo decisivo pela natureza, mas são determinadas pela ação do próprio Estado<sup>65</sup>. Assim, as fronteiras resumem-se em zonas e limites dispostos de forma arbitrária e artificial, fruto da soberania estatal. Em seu núcleo operam os limites para o poder político do Estado, não para o povo.

A unidade do Estado correlaciona-se, formal e substancialmente, com as linhas de separação dos aspectos territoriais que o envolvem. Por essa razão, surge com máxima importância a necessidade de as fronteiras serem delimitadas, eis que a função primeira destas é justamente o gravame de uma marca distintiva entre Estados confinantes.

O Estado não é a única coletividade humana que pode dispor de um elemento humano e de um território. Contudo, somente o Estado pode pretender uma efetividade exclusiva, externa e internamente, apresentando-se como o único

---

64 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

65 HELLER, 1968, p. 179.

ente institucionalizado, cujo governo se beneficia dos atributos da soberania e da independência.

Modo diverso, admitem-se duas exceções ao poder de império dos Estados sobre seus próprios territórios: a extraterritorialidade e a imunidade dos agentes diplomáticos. Concebemos extraterritorialidade quando uma coisa que se encontra em território de um Estado é de direito considerada como se no território de outro Estado estivesse, a exemplo dos navios de guerra. De outra banda, no tocante à imunidade de agentes diplomáticos, em sede de reciprocidade, se veem isentos do poder de império do Estado onde quer que venham a ser alocados<sup>66</sup>. Essa imunidade, segundo Bonavides, de caráter pessoal, deve-se à conveniência em creditar ao diplomata condições mínimas necessárias ao bom desempenho de suas funções.

De imediato, há de se reconhecer a ligação nuclear da noção de soberania com a prática e com a teoria de poder político. De grosso modo, nas experiências gregas, romanas e medievais falava-se de soberania para caracterizar a instância última de poder, aquele dotado de atributos do ápice da cadeia organizativa e coativa da força<sup>67</sup>.

Outrossim, efetuando a leitura de Bobbio, é possível alegar que a progressão empreitada em torno do modelo estamental de Estado e, posteriormente, seu trânsito para a arquitetura da modernidade, permite uma nova visão acerca da soberania, a qual passa a indicar, em toda sua plenitude, o poder estatal como sujeito único e exclusivo da política<sup>68</sup>.

Em um primeiro momento, o seu papel era essencialmente o de consolidar a existência dos Estados que se afirmaram na Europa, assim, legitimando, como consequência, o *status quo*. Até meados do século XVIII, com suporte nos escritos de Jean Bodin, Vattel e pelos maiores filósofos daquele tempo,

---

66 BONAVIDES, 2000.

67 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015, p. 58.

68 BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução de: Carmem C. Varrialle. 4. ed. Brasília: UnB, 1992. p. 1179.

os monarcas encontraram nesse princípio a justificação para embasar o seu modelo de absolutismo<sup>69</sup>.

Com isso, o debate revolucionário sobre soberania está diretamente ligado ao problema constituinte, com a contraposição entre soberania nacional e soberania popular, ou, colocando de outra forma, em uma disputa entre o público e o privado. Durante o século XIX, o conceito consagrou-se na teoria jurídica germânica pela influência de Hegel<sup>70</sup>, que ligava a noção de soberania à onipotência do Estado. Diferentemente de Hobbes e Locke, Hegel não questiona de onde os Estados deduzem o seu direito para impor direitos e deveres aos indivíduos. Torna-se aquilo que existe em si e por si<sup>71</sup>.

De início a soberania era definida como um poder supremo, perpétuo, exclusivo e, de igual sorte, ilimitado. A soberania, posta nesse contexto, significa o mais elevado poder de comandar, de fazer valer o seu poderio como ente absoluto da lei e da ordem. Pontua, nessa linha, Norberto Bobbio, que aquele que detém os direitos e os meios exclusivos de efetivar o uso de sua força dentro de determinado espaço territorial, inexistindo outro tipo de força acima de si, então, pode ser considerado soberano.

Quem tem o direito exclusivo de usar a força sobre determinado território é o soberano. Desde que a força é meio mais resolutivo para exercer o domínio do homem sobre o homem, quem detém o uso deste meio com exclusão de todos os demais dentro de certas fronteiras é quem tem, dentro destas fronteiras, a soberania entendida como *summa potestas*, como poder supremo: *summa* no sentido de *superiorem non recognoscent*, suprema no sentido de que não tem nenhum outro poder acima de si.<sup>72</sup>

A soberania, conseqüentemente, na acepção moderna da categoria, reflete um poder de ordenação superior, como idealizado por Kelsen, incontrastável em uma determinada sociedade política territorialmente disposta. Sinteticamente, a evolução da soberania implica: a) na limitação do exercício do poder político; b) o

---

69 VOLPI, 2010, p. 31.

70 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Lisboa: Guimaraes, 1990.

71 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015, p. 59.

72 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Para uma teoria geral da política. 14. ed. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 81.

surgimento de declarações dos direitos do homem e constituições escritas; e c) a afirmação do preceito jurídico da autodeterminação dos povos, marco no Direito Internacional<sup>73</sup>.

Entretanto, especificamente sobre a posição de Hans Kelsen, há que ser sublinhada sua posição cética e revisionista em relação à soberania e ao direito internacional. Para sua argumentação, a soberania em níveis nacionais, pode ser vista como uma construção sólida, contudo, no âmbito das relações internacionais, mostra-se flexível e de baixa capacidade de implementação prática dos seus preceitos.<sup>74</sup>

Cumprir destacar, o fundamental papel desempenhado pela separação de poderes na proteção do cidadão diante do poder irrefreado do ente soberano nos primórdios do desenvolvimento do Estado, em especial, o absoluto. Com o objetivo primeiro de preservar as liberdades individuais dos cidadãos, a efetivação da divisão de poderes enfraqueceu algumas prerrogativas do Estado, o qual ainda possuía como um dos pressupostos de sua soberania o caractere da indivisibilidade.

[...] Um desses esquemas foi o da divisão de poderes, que tinha como objetivo precípua servir de escudo aos direitos da liberdade, sem embargo de sua compreensão rigorosamente doutrinária conduzir ao enfraquecimento do Estado, à dissolução de seu conceito, dada a evidente mutilação a que se expunha o princípio básico da soberania, uma de cujas características, segundo Rousseau, era a indivisibilidade.<sup>75</sup>

Nesse viés, Luigi Ferrajoli defende que a soberania estatal no mundo moderno seja limitada. Acreditar em um Estado sem freios e limites, neste período da história, significa desconsiderar, e até mesmo preterir, a Constituição, mesmo que em sua mais primitiva forma de controle de poderes. Para o estudioso italiano, a maior limitação à soberania deve ser, necessariamente, a Constituição, compreendida, aqui, como uma garantia. Onde a soberania se sobrepõe à Constituição não há, portanto, Direito, somente arbitrariedades<sup>76</sup>.

---

73 FARIA, 1999, p. 17.

74 KELSEN, 1989, p. 469.

75 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 72.

76 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de: Carlo Cocchioli, Márcio Lauria Filho. Revisão da tradução de: Karina Janini. São Paulo:

Alegar que a soberania deve restar mitigada em face às Constituições faz-se necessário por dois principais aspectos: a) fornecer uma ideia de limitação democrática e preexistente no poder estatal; e b) assegurar que, pela Constituição, o poder do Estado não se dissolva ante o fortalecimento de novos poderes, como os do Mercado. Nessa perspectiva, trabalhar em favor de uma soberania constitucionalmente limitada produz o resguardo do poder estatal.

A palavra Constituição é empregada de inúmeras formas, todas análogas umas das outras. Elas exprimem a ideia de “modo de ser de alguma coisa”<sup>77</sup> e, por extensão, de organização interna tanto de seres, quanto de instituições. Assim, é correto afirmar que todo Estado tem Constituição, que é lida como o simples modo de ser daquele determinado Estado em questão<sup>78</sup>.

A Constituição do Estado, nas palavras de José Afonso da Silva, seria a lei fundamental de organização de seus elementos essenciais. Suas regras, necessariamente, devem prescrever os meios e formas pelas quais o governante poderá exercer o poder, em qual forma de governo, bem como seus limites internos, no que diz respeito aos atos administrativos, e externos, no que concerne ao exercício do aparato estatal face os indivíduos.

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.<sup>79</sup>

Dessarte, essa noção de constituição estatal, entretanto, não expressa senão uma ideia parcial de seu exato conceito, tendo em vista que a toma como algo desvinculado da realidade social na qual está cotidianamente inserida. Nesse

---

Martins Fontes, 2002. p. 28.

77 MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 32.

78 SILVA, 2005, p. 37.

79 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015.

passo, deve ser entendida como uma estrutura normativa, uma conexão de sentido, eis que envolve uma imensa gama de valores<sup>80</sup>.

Busca-se, assim, construir uma concepção estrutural da Constituição, que a considere no seu aspecto normativo, não como pura e simples norma, mas como uma norma diretamente conectada com a realidade social, realidade esta que lhe fornece o conteúdo fático e seu conteúdo axiológico. Trata-se, portanto, de uma concepção complexa, não de partes que aleatoriamente se assomam. São elementos e membros que se enlaçam num todo unitário.

A Constituição possui, como forma, um grande complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana ensejada pelos diferentes relacionamentos humanos (econômico, político, religioso, etc.) dentro de determinada comunidade; como fim, a concretização absoluta dos valores que apontam para o existir daquela comunidade; e, como causa criadora e recriadora, o poder que advém do povo<sup>81</sup>.

Compete, portanto, à Constituição um novo marco de fundação do Estado, no qual prevalecem formal e substancialmente novos paradigmas de organização. Concebe-se, dessa maneira, um somatório de princípios jurídicos – filosóficos e filosóficos – políticos que a criam e justificam<sup>82</sup>.

Por meio da Constituição, escrita ou não, enquanto produtos de argumentos históricos, políticos, ideológicos, jurídicos e técnicos, chancela-se a institucionalização do poder jurídico e do poder político, suprema ao modelo contratualista; a soberania nacional, una e indivisível, a indissolubilidade territorial; a tutela do homem mediante direitos individuais, coletivos e difusos, conforme evolução histórica<sup>83</sup>.

Thomas Paine, tratadista estadunidense, trouxe valorosas prescrições nesse direcionamento. Para ele, uma Constituição não é, puramente, um ato de governo, mas, sim, um ato pelo qual um determinado povo, por sua vontade,

---

80 SCHMITT, 2003, p. 30.

81 SILVA, 2005, p. 39.

82 MIRANDA, 2011, p. 32.

83 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015, p. 63.

constituiu um governo para si<sup>84</sup>. Em qualquer Estado, época, lugar e cultura é perceptível um sistema de normas fundamentais que fixam a estrutura, a organização, os deveres e as finalidades. A Constituição, nestes termos, sempre irá materializar-se como elo jurídico entre sociedade e Estado.

A Constituição permite ao Estado, nos dizeres de Heller, ao lhe conferir existência, a formação de uma situação política total, não como processo de integração, mas sim como produto permanente de formação/limitação do poder. A visão da Constituição como elemento essencial do Estado permite não somente a formação deste, mas, ainda mais importante, um sistema de valorização da sociedade e do próprio homem como indivíduo<sup>85</sup>.

Nesse diapasão, sobressalta-se um questionamento, é possível conceber um Estado, dentro dos moldes até aqui esboçados, desprovido de jurisdição? Evidentemente que não, afinal, a cessão de uma parcela de liberdade individual de cada cidadão em benefício da pacificação social põe termo aos institutos de vingança privada, transferindo, nesse momento, o múnus da defesa dos interesses individuais e sociais ao Estado<sup>86</sup>.

Analisando Hobbes, Norberto Bobbio aduz que a constituição de um poder comum, soberano, reclama a anuência de todos os sujeitos, ou súditos, com o estabelecimento de competência em um único ente, de forma que os bens dos primeiros sejam, em determinada medida e situações, cedidos para este organismo, com a condicionante de repelir qualquer violência ou ameaça injusta<sup>87</sup>. De tal sorte, quem possui a força conseqüentemente deve equilibrar a balança da justiça.

Não obstante, conforme consignado alhures, a tarefa de organização, limitação e defesa das liberdades não se pauta pelo livre agir do ente estatal. Por esse motivo, é impossível defender a vinculação da jurisdição à ideia de soberania estatal. Ainda que possíveis juízos discricionários, a atividade do Estado deve orientar-se em previsões normativas vigentes e válidas. A absorção ao seio do

---

84 PAINE, Thomas. **Os direitos do homem**. Tradução de: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 160.

85 HELLER, 1968, p. 317.

86 BRANDÃO, 2007, p. 200.

87 BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de: Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 41-53.

Estado da jurisdição e da soberania, permite o estabelecimento de um aparato essencial para a instituição, preservação e regulação da ordem social, o que compreende a função primeira do Estado<sup>88</sup>.

Inserido nesse panorama, o Estado, cuja função central reside na preservação e pacificação da ordem social, regulamenta com este objetivo a convivência dos indivíduos através do estabelecimento das normas às quais os mesmos carecem, dentro de suas relações intersubjetivas, ajustadas a sua conduta. Os cidadãos, portanto, já encontram exteriormente formulada a vontade superior que emana do Estado, o qual lhes comanda a manter uma determinada conduta e, de igual modo, cobra obediência a qualquer custo.

Diante da ação estatal de “dicção do direito”, é cristalino o fato de que o Estado não é somente embrião da jurisdição, mas, sobretudo, embasado pela concreção da jurisdição. Em consonância com tais premissas, há de se conceber a jurisdição como dever do Estado, caractere de sua existência, não mais como simples poder. A referida afirmação corresponde à existência da jurisdição, não somente no Poder Judiciário, mas também nos processos administrativos e legislativos<sup>89</sup>.

Nomeia-se como jurisdição a capacidade que o Estado possui de elaborar e impor decisões imperativamente. Mas não se resume apenas a isso. Por meio da jurisdição se dá vazão à exigibilidade da paz social, além do denominado controle social, o qual pode ser extraído da soberania, nos termos anteriormente postos<sup>90</sup>.

Nesse íterim, avizinhandose a uma construção de modelo constitucional garantista de processo, é de suma importância salientar que a função jurisdicional, e conseqüentemente a jurisdição, não é apenas a expressão de poder de um dos inúmeros instrumentos do Estado para a realização de objetivos por ele próprio estipulados, mas, sobretudo, a atividade compulsória dirigida e disciplinada pela norma jurídica, como os Direitos e garantias fundamentais<sup>91</sup>.

---

88 GARCÍA-ATANCE, María Victoria. **Introducción a la teoría del estado y de la constitución**. Madrid: Sanz y Torres, 2005. p. 10.

89 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso**. t. I. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974. p. 29-53.

90 DINAMARCO, 2005, p. 107.

O caminho do modelo estamental de Estado para o paradigma moderno traz em si o signo da administração pública, onde a burocracia, dotada de diferentes níveis de racionalidade legal, torna-se o bastião da estrutura administrativa. Denota-se da teorização de Max Webber, que o Estado moderno, construído racionalmente, tipicamente ocidental, o qual é marcado pelo monopólio legítimo da força dentro de uma área limitada, exige o exercício desse múnus por um aparato de especialistas orientados pela impessoalidade da gestão<sup>92</sup>.

Importa, para fins de se lograr sucesso na teoria de Webber, substancialmente, a separação entre a esfera pública e a privada, amparada por um ordenamento jurídico-formal. Eis aqui o marco do Estado moderno para Max Webber. Logo, o modelo de Estado webberiano, de predominância da administração burocrática racional – legal, que repele os sistemas burocráticos patrimoniais (onde público e privado coabitam indistintamente), e não apenas ente soberano de uma sociedade que dá a face ao absolutismo<sup>93</sup>.

A complexa relação entre aquilo que é moderno e aquilo que é antigo insere a máxima de eficácia própria sobre a esfera administrativa, sobre os assuntos do Estado. O apogeu deste plano é atingido com a construção e desenvolvimento da teoria constitucional, na qual há a devida estipulação de competências e funções.

Fundamentalmente, a burocracia racional – legal de Max Webber porta as seguintes características: a) especialização que define o sistema e a divisão de trabalho, com especificidade das competências, clareza e estabilidade; b) autoridade e hierarquia auferidas pelo conhecimento técnico; c) ingresso no serviço por meritocracia; d) cisão entre funcionários e propriedade dos meios de administração; e) vencimentos na forma de salário; e f) normas formais, impessoais e explícitas no que tange ao funcionamento da administração pública<sup>94</sup>.

---

91 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 52-55.

92 MATTEUCCI, 2005, p. 45.

93 WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 1060.

94 FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e costituzione**: material per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: Giappichelli, 1993. p. 24-25.

A partir das referidas bases, ao longo dos anos, concomitante com a proliferação e lapidação da teoria constitucional, desenvolveram-se, no mesmo passo, conceitos sofisticados de Administração Pública. Desse modo, de maneira organizada, é através da Administração Pública que as decisões políticas mais sensíveis se materializam.

Desde então, o Estado passa a se manifestar, exclusivamente, através de seus órgãos, sejam eles supremos (órgãos constitucionais) ou dependentes (órgãos administrativos). Os primeiros são aqueles incumbidos para o exercício do poder político, cujo conjunto nomeia-se governo ou órgãos governamentais. Os outros, localizados em escala hierárquica menor, com o seu conjunto formam o que é conhecido como Administração Pública. Salienta-se que esta camada encontra amplo subsídio na Constituição brasileira, quer quando esta molda o Poder Executivo, referindo-se às várias esferas do governo, quer quando define os fundamentos de sua organização, os seus princípios e o regime do seu pessoal, civil ou militar<sup>95</sup>.

A Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao poder político, em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do poder político e as operações, as atividades administrativas.<sup>96</sup>

José Afonso da Silva aponta para o art. 37 da Constituição brasileira de 1988, o qual emprega a expressão Administração Pública em dois sentidos. a) Como um conjunto orgânico ao falar em Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes, seja da União, Estados ou Municípios; e b) Como atividade administrativa, eis que determina a sua atuação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, da licitação e os de organização do corpo de funcionários administrativos<sup>97</sup>.

---

95 SILVA, 2005. p. 654.

96 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015, p. 65.

97 SILVA, 2005. p. 654.

Relembrando, novamente, o alemão Max Webber, a valorização da burocracia representa o domínio da razão e sua instrumentalidade. Essa lapidação político – jurídica, a burocracia racional – legal forneceu instrumentos eficientes e eficazes para o controle do comportamento humano por parte do ente estatal. Exceto pela presença de uma Constituição como sinônimo de garantias, todos os demais elementos que compõem o Estado demonstram sua inclinação e ambição pelo uso da força e redução dos demais entes<sup>98</sup>.

Em resumo, o Estado dotado de atributos burocráticos, não sanado de seus vícios e preso a suas raízes estamentais, estabelece-se sobre uma paquidérmica máquina uniformizadora e centralizadora, de forma que a racionalidade se extrai pela irrestrita obediência, como preceitua Maurizio Fioravanti. De igual sorte, como também anotado por Max Webber, a desmesurada objetivação habilita a irracionalidade pelo excesso de racionalidade, o que também contribui para a criação de um poder burocrático desprovido de controle público<sup>99</sup>.

Após a minuciosa análise das características basilares do Estado Moderno, proceder-se-á um olhar sobre as diferentes modalidades de Estado de matiz moderna. Utilizando-se como marco teórico os postulados de Mauro Volpi<sup>100</sup>, segundo o qual o exame das formas de Estado clama a ser tomado a partir dos seguintes tópicos: a) a relação entre Estado e Sociedade Civil, ou seja, público – privado; b) o modo de exercício de poder pelo seu titular; c) a derivação do poder; d) o grau de reconhecimento jurídico das liberdades; e e) a existência de um texto constitucional regulador das relações Sociedade-Estado.

#### 1.4 FORMAS DE ESTADO

A caracterização absoluta do Estado remete aos primórdios existenciais do próprio nos idos da segunda metade do século XIV. Sob esta ótica, torna-se intrínseca a relação Estado – Nação, a progressiva concentração de poderes nas

---

98 DU GAY, Paul. **En elogio de la burocracia**. Weber Organización. Ética. Tradução de: Carlos Jesús Fernández Rodríguez. Madrid: Siglo XXI, 2012. p. 113-117.

99 WEBER, 1999, p. 1060.

100 VOLPI, 2010, p. 26-27

mãos do rei sobre o seu território em suserania, seguindo, ainda, alguns precedentes estamentais (feudais)<sup>101</sup>.

É importante notar como novidades a mercantilização e o capitalismo como estrutura importante na caracterização do Estado moderno em sua forma absoluta. A crescente importância do dinheiro, da pecúnia e da mobilidade comercial em destaque frente à propriedade, produziu novos cenários institucionais. O declínio episcopal e a descalcificação do regime feudal possibilitaram a unidade do poder junto à monarquia absolutista, territorialmente unificadora, governamentalmente centralizadora e apoiada financeiramente pela burguesia em ascensão.

Giza-se ser de fundamental relevância anotar a observação de Bonavides de que “o princípio da unidade ou indivisibilidade do poder do Estado resulta historicamente da superação do dualismo do medievo [...] que repartia o poder entre o príncipe e as corporações [...]”<sup>102</sup>. A partir do século XVI, esse dualismo se esvazia completamente, resultando na tomada para si, por parte da coroa, do espaço anteriormente ocupado pelos antigos senhores e corporações, finalizando um período jusprivatista, imperante na sociedade ocidental até aquele momento.

A centralização do poder absoluto se funda também em aspectos administrativos e não somente em aspectos políticos, como se pode pensar. Ou seja, no cetro real guiam-se as funções executivas; a legislativa funciona graças à convocação do Parlamento pelo Rei; já a atividade jurisdicional se exercita por meio dos magistrados nomeados e investidos pelo próprio Rei. De mesmo modo, ainda que eventual Constituição seja compreendida nessa fase histórica, elas não guardam pertinência com a máxima de limitação dos poderes, conforme preceitua Mauro Volpi. Não sem demora, reside nas origens do Estado a tendência para colocar a si mesmo como poder único e soberano<sup>103</sup>.

Nos dizeres de Bobbio, a construção dessa modalidade de Estado se dá pela dicotomia entre duas diferentes formas de concentração e centralização do

---

101 VOLPI, 2010, p. 33.

102 BONAVIDES, 2000.

103 VOLPI, *op. cit.*, p. 31.

poder. Nesse panorama, compreende-se como centralização a força com a qual o Estado toma para si a função de senhor absoluto das leis, tendo por característica a eliminação de toda e qualquer ordem jurídica diversa daquela oriunda do âmago do aparelho do Estado<sup>104</sup>.

A formação do Estado Absoluto ocorre através de um duplo processo paralelo de concentração e de centralização do poder num determinado território. Por concentração, entende-se aquele processo pelo qual os poderes através dos quais se exerce a soberania – o poder de ditar leis válidas para toda a coletividade [...], o poder jurisdicional, o poder de usar a força no interior e no exterior com exclusividade, enfim o poder de impor tributos - são atribuídos de direito ao soberano pelos legistas e exercidos de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes. Por centralização, entende-se o processo de eliminação de ordenamentos jurídicos inferiores, como as cidades, as corporações, as sociedades particulares, que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos originários e autônomos, mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou tolerância do poder central<sup>105</sup>

Outrossim, a generalização de formas administrativas centralizadoras por um poder ilimitado e absoluto, para Norberto Bobbio, não pode ser visto como núcleo de tirania ou despotismo, pelo fato de que, em regra, o exercício das faculdades governamentais sujeita-se às leis vigentes, mesmo que com precariedade. Em decorrência, o Estado moderno na sua forma absoluta, investido no Rei, centralizou todas as prerrogativas e funções antes dispostas em múltiplos eixos, embora auxiliado em sua constituição pela burguesia, não tardou em encampá-la. Esta ação, nesses moldes, torna-se crucial para o surgimento de novas formas ao Estado Moderno<sup>106</sup>.

Com o declínio do modelo absoluto, o surgimento de formas liberais de Estado ganharam corpo e espaço. Tal declínio deve-se, em grande medida, à crise financeira instalada, aos excessivos custos da burocracia administrativa e das forças militares, à revolução produtiva instalada através da industrialização capitaneada pela burguesia hegemônica e pela influência desta nos espaços deliberativos<sup>107</sup>.

---

104 BOBBIO, 2007, 114.

105 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015, p. 115.

106 BOBBIO *et alli.*, 2004, p. 01-02.

107 VOLPI, 2010, p. 35.

Em que pese o surgimento da forma liberal deve-se aos acontecimentos sucessivos à Revolução Gloriosa, principalmente com a limitação dos poderes do Rei ao império da lei, sua primeira caracterização plena decorre da independência das Treze Colônias americanas. Já no território francês, a ruptura com o antigo modelo deu-se de forma drástica e violenta, cujo expoente reivindicatório expunha o fim dos privilégios reais e clericais.

Nos dizeres de Mauro Volpi, no bojo da forma liberal de Estado moderno, torna-se possível visualizar uma característica institucional essencial, qual seja, a distinção clara entre a esfera pública e a esfera privada. Como consequência, a estipulação de relações claras e excludentes entre as esferas pública e privada resultou na supressão de espaços sociais e ordenamentos corporativos, a exemplo da edição da Lei Le Chapelier<sup>108</sup>.

A partir dos ideários econômicos da burguesia, as nações de não – intervenção logo tomaram corpo no modo de funcionamento estatal. Assim, o liberalismo econômico de Adam Smith foi introduzido amplamente no âmago do Estado, surgindo o chamado liberalismo de Estado. O paradigma liberal concebeu o Estado moderno como circunscrito somente por proibições, edificado sob o mantra da garantia dos indivíduos em não serem tolhidos de suas liberdades<sup>109</sup>.

Nesse sentido, a forma de representação societária perante o ente estatal sofreu alterações basilares, intensamente modificando a posição da sociedade civil no processo de tomada de decisões. Como acentua Bobbio, a representação por categoria, característica inafastável do Estado na sua forma estamental, fora subjugada e posta de lado diante do reconhecimento dos indivíduos, singularmente, como sujeitos dotados de direitos na esfera política<sup>110</sup>.

A diferença do Estado representativo diante do Estado estamental está no fato de que a representação por categoria ou corporativa [...] é substituída pela representação dos indivíduos singulares [...] aos quais se reconhecem os direitos políticos. Entre o Estado estamental e o Estado absoluto de

---

108 *Id. Ibid.*, p. 36.

109 CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. *In*: \_\_\_\_\_; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 190.

110 BOBBIO, 2007, p. 116.

uma parte, e o Estado representativo de outra, cujos sujeitos soberanos não são mais nem o príncipe investido por Deus, nem o povo como sujeito coletivo e indiferenciado, [...] há a descoberta e afirmação dos direitos naturais dos indivíduos – direito que cada indivíduo tem por natureza e por lei e que, precisamente porque originários e não requeridos, cada indivíduo pode fazer valer contra o Estado [...].<sup>111</sup>

O modelo liberal de Estado moderno desloca o eixo de concentração da soberania. Enquanto no Estado absolutista a soberania encontrava-se na figura do Rei, agora, nos idos do liberalismo estatal, passou a repousar na nação; instituição unitária, indivisível e além dos anseios meramente individuais. Nesse diapasão, a representação política, materializada através da realização de eleições regulares, constitui o elo formal de ligação entre o povo, nação e Estado<sup>112</sup>.

Outro importante signo característico da forma liberal do Estado moderno decorre da separação de poderes. Discussão essa, permeava desde a democracia grega até a civilização romana, no entanto, coube a Emmanuel Sieyès e a Montesquieu introduzir como reformulações valores tão caros ao Estado liberal<sup>113</sup>. Além da separação de poderes por vias formais e materiais, terem possibilitado o sucesso do ideal liberal, bem como o sepultamento do absolutismo, conduziu pelos mesmos caminhos à compulsoriedade da colaboração entre os três poderes, conforme preceitos legislativos.

Evidentemente, esse lapso temporal histórico foi profundamente marcado pela proliferação das ideias liberais, as quais encontravam-se em efervescência. O preceito máximo da inserção dessa nova doutrina no seio do Estado igualmente liberal pode ser reconhecido na adoção do princípio da separação de poderes. Usado com meio de limitar os poderes do soberano, na medida em que instala um sistema de freios e contrapesos, a separação de poderes, classicamente, passa a pautar os horizontes da administração do Estado, bem como sua distribuição política.

Esteio sagrado do liberalismo foi, por sem dúvida, o dogma da separação de poderes [...] Teve o princípio,

---

111 BOBBIO, 2007.

112 *Id. Ibid.*, p. 24.

113 BRANDÃO, 2007, p. 54.

incontestavelmente, na infância do constitucionalismo moderno, seu momento de apogeu, como artigo de doutrina em que se esteou a organização política do novo Estado liberal – democrático, amparado no triunfo doutrinário que coroou a rebelião das treze colônias americanas e a insurreição libertadora da burguesia revolucionária de França, em fins do século XVIII.<sup>114</sup>

Ainda no que diz respeito a temática, relembra Bonavides que naquela quadra da história vivia-se um período de revolta, em que a ideologia liberal amadurecera para formas de concretização social imediata<sup>115</sup>. Necessário fazia-se, por essa razão, de certo modo, sepultar os espíritos remanescentes da Idade Média, o corporativismo, a feudalidade e seus respectivos privilégios, o absolutismo da monarquia e sua contradição com o ideal moderno de liberdade, fruto, exatamente, desses movimentos revolucionários<sup>116</sup>.

Nesse sentido, a conquista da liberdade nessa forma de Estado traz em seu bojo a necessidade de sujeição à lei, o que resta cristalino com a edição de inúmeros Códigos Civis no período. Portanto, a liberdade passa a ser compreendida e encarada como um sinônimo de obediência às leis, conforme assegurou com clareza e transparência Kant<sup>117</sup>. Porém, o caráter particular deste modelo estatal situa-se na primazia exclusiva da lei, não da Constituição. Abria-se espaço, assim, para o “legiscentrismo” do Estado<sup>118</sup>.

A forma social – democrata de Estado moderno, ou contemporânea, traz, essencialmente, uma forte preocupação com a inserção da Sociedade Civil do Estado, ou melhor dissertando, a vinculação compulsória das políticas estatais com os anseios da sociedade. A ebulição de ações e reações oriundas de uma demasiada concentração de riqueza, e progressivo aumento de demandas sociais, possibilitou a passagem da forma liberal para a social – democracia<sup>119</sup>.

---

114 BONAVIDES, 2007, p. 63.

115 *Id. Ibid.*

116 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**. 2015. p. 65.

117 KANT, 2003.

118 ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Tradução de: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 24.

119 CARBONELL, 2005, p. 175.

Nesse diapasão, assevera Norberto Bobbio que o processo de expansão do ideário democrático não é construído somente por meio da fusão entre a democracia representativa com a democracia direta. Tal processo se dá pelo alastramento da democratização a corpos diversos dos coletivos. O desenvolvimento da democracia, dessa feita, consiste na compreensão do indivíduo como cidadão, alterando profundamente a esfera política do Estado democrático<sup>120</sup>.

O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente coletivos. [...] pode-se dizer que, ao falar de desenvolvimento da democracia, ele consiste não tanto [...] na substituição da democracia representativa pela democracia direta [...] mas na passagem da democracia na esfera política, isto é, na esfera em que um indivíduo é considerado como um cidadão, para a democracia na esfera social, onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seu status [...].<sup>121</sup>

De acordo com Carbonell o surgimento do modelo social advém de certas condições, a saber: a) o indivíduo é incapaz de se satisfazer por si próprio, ou com a ajuda de seu entorno social mais próximo; b) surgem riscos sociais que não podem ser enfrentados pelas vias tradicionais, embasadas na responsabilidade pessoal; c) desenvolveu-se a convicção social de que o Estado deve assumir a responsabilidade de assegurar a todos sob seu domínio um mínimo de bem – estar<sup>122</sup>.

O modelo social-democrata de bem-estar (*Welfare State*) caracteriza-se pela necessidade de erradicar os vícios do modelo liberal, anteriormente imperante, e promover os valores de igualdade, e não somente a liberdade desmensurada. É cristalino, portanto, que se trata de um modelo corretivo dos excessos e disfunções do antigo programa liberal<sup>123</sup>.

120 BOBBIO, 2007, p. 155.

121 *Id. Ibid.*, p. 155.

122 CARBONELL, 2005, p. 175..

123 VOLPI, 2010, p. 41.

No que diz respeito à ideologia, a social-democracia aprimora o valor da vida humana. Supera-se inteiramente a tradicional vinculação de vida e liberdade, muito presente nos hinos nacionais após os processos revolucionários de independência. Os novos fundamentos pautam-se na afirmação e na tutela da dignidade da pessoa humana. A vida não é determinante em si mesma, mas na vida vivida de forma digna. Logo, instaura-se um novo norte a ser perseguido, com a adoção do primado da solidariedade e da igualdade<sup>124</sup>.

Outrossim, é importante ressaltar a advertência de Bonavides, no sentido de não ser possível incidir no costumeiro erro de confundir a forma social e a forma socialista. O Estado de matriz social, evidentemente, quebrou com importantes paradigmas postos pelo seu predecessor, qual seja, o Estado Liberal. Não obstante, diferentemente do modelo socialista, o Estado social possui como um de seus pressupostos mais basilares o seu ligamento direto com a ordem capitalista<sup>125</sup>.

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar, é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia.<sup>126</sup>

Nestes termos, Bonavides afirma que todo Estado, em sua essência e substantividade, é poder. As diversas formas como esse poder se distribui diferem conforme se trate de o poder de um, de vários ou de todos. No Ocidente, o referido poder político repousa inteiramente numa estrutura econômica capitalista. Adversamente, no Oriente, quando socialista, tal base fora modificada, justificando a separação dicotômica entre o sistema político marxista e o sistema social, em sua forma democrática.<sup>127</sup>

Nesse paradigma, é importante ressaltar o especial tratamento recebido pelos partidos políticos, que passam a ser considerados como um importante canal

---

124 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

125 BONAVIDES, 2007, p. 184.

126 *Id. Ibid.*

127 BONAVIDES, 2007, p. 184-185.

de ligação entre os poderes e a comunidade social. Para Mauro Volpi, inclusive, o Estado democrático pode ser considerado como um “Estado de partidos”<sup>128</sup>.

O paradigma social-democrata do Estado moderno é, especialmente, um Estado pautado pela Constituição. Em que pese elementos da teoria constitucional serem levados em consideração na forma liberal, contudo, relevância à Constituição obtém-se com a forma social-democrata<sup>129</sup>.

O modelo de Estado de Direito proposto por Kelsen, supera a visão moderna vigente até o século XVIII, para colocar a Constituição como fonte absoluta do ordenamento, negando a concepção do Estado como autoridade originária. Trata-se, assim, de um modelo alinhado com as premissas de um governo limitado, desenvolvido no equilíbrio e indisponibilidade do Direito, com o estabelecimento da respectiva Corte constitucional. Além disso, tal evolução introduz a compreensão da Constituição como fonte supralegal do ordenamento, norteador na legalidade administrativa e da atividade administrativa propriamente dita. O cuidado exagerado pela formalidade legal, interpretada em sua literalidade, em muito contribuiu para os excessos da forma liberal. A relevância da lei fora aqui substituída pelo primado da Justiça<sup>130</sup>.

Finalmente, a análise do modelo social-democrático importa nas suas caracterizações e, notadamente, na substancialidade da participação popular nos assuntos do Estado, na supremacia material da Constituição, na declaração e satisfação dos direitos sociais, mas sobretudo, na promoção da dignidade da pessoa humana<sup>131</sup>.

Ante o desenvolvimento da forma democrática de Estado, entendida por muitos como a forma mais sofisticada para um aparelho estatal, eis que enquadrada no panorama de sociedades mais qualitativamente elaboradas, a doutrina que tem por objeto as diferentes formas de governo estabeleceu um embate direto na dicotomia forma democrática – forma autoritária<sup>132</sup>.

---

128 VOLPI, 2010, p. 43.

129 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015, p. 84. 130 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: EdUnB, 1994. 131 HESSE, 1991.

132 BOBBIO, 2007, p. 159.

À medida em que a democracia foi considerada como a melhor forma de governo, como a menos má, como a forma de governo mais adaptada às sociedades economicamente, civilmente, politicamente mais evoluídas, a teoria das formas de governo em seu uso prescritivo simplificou a tipologia tradicional e polarizou-se [...] em torno da dicotomia democracia-autocracia.<sup>133</sup>

Na essência, todas as experiências autoritárias têm em seu núcleo a constatação empírica da fragilidade dos institutos liberais, sociais e democráticos. Conseqüentemente, a insatisfação dos compromissos de tais formas de Estado materializa a ampla estatização dos primados anteriormente liberais<sup>134</sup>. Assim, há uma ampla rejeição aos preceitos liberais, sem, contudo, aproximar-se de ideologias sociais.

O ponto de equilíbrio teórico é consagrado no apoio à baixa burguesia, a qual não passará a ser gigantescos e descontrolados conglomerados econômicos, por um lado, e de outro não gerará substrato para clamores sociais, eis que este, geralmente, constitui-se no âmbito familiar. Com isso, o conflito entre classes é extinto em sua razão existencial, enquanto a esfera privada resta institucionalizada pelos poderes autoritários.

Nessa perspectiva, a unidade do povo resulta na imposição de unidade política. Em síntese, a unidade política insere no Estado, com exclusividade, o aspecto político da sociedade. Ademais, pela engenharia utilizada em sua construção, não é de se admirar a essência autoritária desta forma de Estado Moderno<sup>135</sup>. O signo mais característico dessa modalidade situa-se na estatização forçada da sociedade civil, inclusive demandando fidelidade para com o sistema.

Na mesma linha, há forte intervenção nos espaços econômicos e filantrópicos de iniciativa privada. Observa-se a completa concentração dos poderes, tanto em nível horizontal, quanto na graduação vertical. O Poder Legislativo, especialmente, torna-se absoluto, com estrito comando do chefe de Estado<sup>136</sup>.

---

133 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015.

134 VOLPI, 2010, p. 62.

135 SCHMITT, 1992.

136 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015, p. 89.

Outro aspecto de fundamental relevância quando da análise do modelo autoritário de Estado é a frequente adoção da figura do partido único nessas condições. Paulo Bonavides, sabiamente, aponta que o estabelecimento de um sistema autoritário de partido único é sintoma direto da impossibilidade de preservar a democracia em decorrência de desarranjos dentro da sociedade.

Exprime o partido único na sociedade de massas a conclusão de um desdobramento inevitável do sistema político, no instante em que a crise social faz impossível a manutenção da democracia. Perdidas por esta, as condições de sobrevivência em bases individualistas, entra ela numa aguda crise de gestação de que resulta a forma nova da democracia de massas. Não raro a crise democrática toma saída de todo imprevista desembocando na ditadura do partido único.<sup>137</sup>

A revolução e a contrarrevolução levadas a feito durando o século XX, politicamente, geraram um número expressivo de Estados autoritários de partido único. Nessa esteira, indica Bonavides, a ocorrência desse fenômeno nos países egressos do sistema colonial, haja vista não lograrem êxito em estabelecer uma sociedade civil democrática e saudável, gerando grande insatisfação popular e, de igual modo, instabilidade institucional<sup>138</sup>.

Todavia, em que pese o partido único surgir como remédio em momentos de crises mais graves e dolorosas, seu cunho antidemocrático somente se descobre quando ele inicia um processo de institucionalização. Nesse sistema não há alternativa ao indivíduo em face do poderio estatal, este fica genuinamente privado de suas escolhas. Além do mais, o partido passa a ser confundido com o poder em si e sua doutrina se torna a ideia do direito oficial do Estado<sup>139</sup>.

A forma socialista de Estado moderno advém da contraposição dos ideais liberais, utilizando-se de algumas características autoritárias. Ao passo que a forma autoritária pautava-se pelo individualismo, corporativismo e nacionalismo, com clara deferência ao chefe de Estado, o modelo socialista veste-se pela existência de classes, coletivismo, devoção ao partido e de aspirações internacionais<sup>140</sup>.

---

137 BONAVIDES, 2000, p. 135.

138 *Id. Ibid.*

139 BOBBIO, 2007, p. 122-123.

140 VOLPI, 2010, p. 69-70.

É imperioso ressaltar o meio pelo qual se instrumentalizou tal modalidade em larga escala, qual seja, a ampla disseminação do intervencionismo da ideologia socialista. Ao invocar seus principais pressupostos, como o coletivismo e a contínua luta de classes, em níveis internacionais, a doutrina fundante da ideologia socialista possibilitou a adoção do sistema em diversas partes do globo, em especial, nos países do bloco oriental<sup>141</sup>.

Empregamos a palavra socialismo no seu sentido mais genérico e histórico, desde as utopias de fins de século XVIII à consolidação das teses marxistas em nossos dias [...] Esse fator de continuidade forma, portanto, no Ocidente, linha permanente de combate, com a qual se defronta, desde a Revolução Francesa até nossos dias, o antigo Estado da burguesia ocidental [...] Afigura-se-nos, assim, existir na moderna realidade política do Ocidente, um dualismo doutrinário essencial: de um lado, as posições conservadoras, que se reconciliaram no antigo campo liberal; de outro lado, as tendências que se inclinam para o radicalismo, com a abolição do Estado da burguesia e sua ordem econômica.<sup>142</sup>

Para tanto, o Estado deveria, primeiramente, instituir uma ditadura do proletariado e, posteriormente, a extinção de classes, conforme os postulados de Karl Marx. Assim, defende a estatização completa da economia, tal qual seu funcionamento rigidamente dirigista, bem como um aparato estatal pleno. Dentro desse cenário político, a forma socialista encontrou fértil terreno na Rússia com os acontecimentos revolucionários de 1917 e, posteriormente, com a criação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, em 1922.

Como preceitua Mauro Volpi, há uma relação entre uma forma autoritária de Estado mantenedora de um mercado capitalista, pelo qual se impõe um modo de produção coletivo, com base sobre a estatização dos meios de produção. A centralização extrema trouxe a unidade produtiva, o monopólio dos poderes do partido comunista, a completa redução dos valores democráticos e liberais, bem como a exclusão das esferas público e privada. No que diz respeito a praticidade, mais especificamente durante a fase stalinista, a forma socialista converteu-se em

---

141 BONAVIDES, 2007, p. 183.

142 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015.

exemplo de regime totalitário, com ampla sujeição dos indivíduos ao Estado-partido<sup>143</sup>.

Nota-se, acerca da referida temática, a análise de Norberto Bobbio, o qual aduz que o estabelecimento de um poder ilimitado e inteiramente concentrado, de certo modo, remete o sistema político ao princípio monocrático do Estado absolutista. Essa característica, para o autor italiano, pode ser entendida como um elemento definitivo do Estado de cunho socialista. A legitimidade do soberano, nestes termos, advém do fato de ser ele, unicamente, aquele capaz de dar autenticidade às questões de Estado<sup>144</sup>.

O domínio de um partido único reintroduz no sistema político o princípio monocrático dos governos monárquicos do passado e talvez constitua o verdadeiro elemento característico dos Estados socialistas de inspiração lenista direta ou indireta, em confronto com os sistemas poliárquicos das democracias ocidentais. O motor imóvel do sistema é o partido, este príncipe coletivo que é o detentor do poder político e do poder ideológico, e portanto não reconhece nenhuma distinção entre *regnum* e *sacerdotium*; um soberano cuja legitimidade deriva do fato de se considerar como único intérprete autêntico da doutrina [...].<sup>145</sup>

Paulo Bonavides assevera que o marxismo distingue o caráter do partido político na sociedade burguesa-capitalista e na sociedade socialista. Enquanto no seio da sociedade burguesa, segundo aquela doutrina, a pluralidade de partidos demonstra exatamente a existência de uma luta de classes inserida naquele contexto social, por outro lado, na sociedade socialista, onde a classe proletária foi vencedora do conflito entre classes, embasa a manutenção de um partido único, alinhado com os ideais socialistas<sup>146</sup>.

Não resta dúvidas quanto a afirmação de que sociedades de classes engendram, conseqüentemente, partidos de classes (pluripartidarismo). Dessarte, na teoria socialista, estes, por meio da denominada ditadura do proletariado, se redundam em um único partido. Não se pode esquecer que esse partido representa

---

143 VOLPI, 2010, p. 71.

144 BOBBIO, 2007, p. 121.

145 *Id. Ibid.*

146 BONAVIDES, 2000.

ainda a fase intermediária do socialismo e sua implementação através da ação violenta. Tanto que, confirmada a transição para o comunismo na sua essência, com o estabelecimento de uma suposta sociedade desprovida de classes sociais, cessaria de existir o partido único dirigente, tal qual o Estado em si, antiga máquina de coerção.

Os textos constitucionais assumiram, tão somente, em sua teorização, o corpo da soberania no povo proletário. A separação dá espaço para a unidade do poder estatal, exercida formalmente pela Assembleia, dependente do corpo eleitoral e dos órgãos superiores. As garantias constitucionais passam a depender, inteiramente, dos direcionamentos do partido, não da Justiça Constitucional.

A análise das diversas formas do Estado moderno demonstra um incontestável cenário de crise. O surgimento de uma nova forma aponta a insatisfação ou a debilidade das formas anteriores. Ao passo em que a liberdade descambou para a irrestrição de ações, da proibição em proibir, a partir de meados dos anos 80, o sujeito deu-se conta que poderia excluir a existência da humanidade. Esse fato, assomado da globalização, acabou por confeccionar uma nova visão da realidade, que passou a se denominar de transnacional. A era moderna entrou em exaustão quando o paradigma da liberdade deixou de ser o valor fundamental de orientação no modo de viver do ocidente face o surgimento de desafios agora globais<sup>147</sup>.

O cenário transnacional do Estado pode ser caracterizado como uma complexa rede de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual nascem novos atores, interesses e conflitos, os quais, a seu turno, demandam respostas eficazes do Estado. Nota-se, a forma transnacional é a primeira a desconsiderar a fundamentalidade do território para o exercício de suas funções<sup>148</sup>.

A adoção de novas fontes do direito, notadamente decorrentes do direito transnacional em matéria econômica, subtraídas de controles parlamentares e de vínculos constitucionais materiais e formais, torna-se um dos aspectos mais

---

147 BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Pensar globalmente y actuar localmente: El Estado transnacional ambiental em Ulrich Bech. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, v. 1, p. 51 a 59, (Espanha), 2008.

148 STAFFEN, **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**, 2015, p. 93.

sediciosos desta trajetória que atinge diretamente o ordenamento jurídico nacional. Logo, tudo passa a ser um processo de bricolagem e manipulação, de forma que o núcleo central dos Direitos Fundamentais é deslocado com escopo de satisfazer majoritariamente a liberdade de contratar, e a garantia da propriedade.

Neste panorama, os argumentos de Jürgen Habermas ganham imensa notoriedade. O alemão denuncia, de antemão, o distanciamento do texto constitucional da democracia, levando em conta o cenário da União Europeia. Nele é cristalina a submissão dos chefes de governo às vontades institucionais europeias, pautadas majoritariamente por questões monetárias. O político, aqui, passa a ser uma pequena esfera do econômico<sup>149</sup>.

Sem a menor dúvida, está-se diante de um governo e de uma forma de Estado essencialmente racionais no viés econômico. Além disso, merece atenção o modo pelo qual se deu essa passagem, sem golpes institucionais, sem armas ou destituições. O povo escolheu a opção tecnocrata, diriam os mais conservadores. Isenta de vinculações políticas, gravitando somente em torno da economia de mercado e das questões monetárias, sem qualquer interesse pelos predicados jurídicos limitadores da ação do capital.

As atuais decepções demonstram a fragilidade de nossas instituições democráticas – Não por acaso Stefano Rodotà defende um modelo e-democracy, instituído no ciberespaço – e constitucionais e os riscos da invasão cada vez mais voraz dos espaços público e políticos pelas leis de mercado e a equiparação redutora da liberdade somente à liberdade negocial. Na prática, ganha relevo o retrocesso teórico acerca dos assuntos democráticos, constitucionais e dos Direitos e Garantias Fundamentais. Nota-se o efetivo encolhimento dos direitos sociais<sup>150</sup>.

Mesmo que o fenômeno da globalização não se mostre como novidade, certamente, a crise econômica vivida em 2008 demonstrou substancialmente os diversos níveis de marcha desse processo de expansão. A economia se globaliza com maior velocidade em comparação com a política, criando assimetrias entre

---

149 HABERMAS Jürgen. **Sulla costituzione europea**. Berlim-Bari: Suhrkamp-Laterza, 2012.

150 RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Laterza, 2012.

economia global (transnacional) e a política nacional. Emerge, desse modo, uma governança global sem a necessária existência de um governo<sup>151</sup>.

A partir destas conjunturas, Sabino Cassese defende a existência de uma ordem jurídica global, defesa esta que elabora argumentando em torno de diversos elementos comprobatórios, tais como: a) plurissubjetividade; b) normatização; c) administração; d) legitimidade; e e) justiça. Destaca-se a constatação de que o ordenamento transnacional está subdividido em dois níveis: o primeiro, mais raso, se preocupa com os assuntos nacionais de cada Estado, enquanto o segundo, mais amplo, diluído no cenário transnacional e constituído por uma área global, de modo que predomine a cooperação entre seus agentes em duplo nível<sup>152</sup>. Outrossim, a existência de um direito transnacional fomenta uma pluralidade de desafios, a iniciar pelas próprias bases de globalização, múltipla em sua essência.

Constata-se, portanto, que: a) a ordem jurídica global baseia-se em normas setoriais; b) há um vazio hierárquico no ordenamento global; c) não existe uniformidade no ordenamento global; d) carece de um marco divisor entre público e privado; e) poder normativo e poder executivo necessitam estar separados; f) disposições contratuais gozam da mesma importância de atos normativos; g) a ordem global não se presta somente a sujeitos de Direito Público; h) o dever de observância do *Rule of Law*; i) a possibilidade de disputas multipolares; j) um ordenamento voltado à resolução de controvérsias; k) a diversidade de órgãos globais que transcendem o Direito Internacional; l) a penetração do direito global no direito nacional; e m) a ausência de caráter formalmente vinculante, baseado na adesão voluntária<sup>153</sup>.

O poder dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o seu próprio Direito, de maneira incontestada, está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma forma híbrida. A partir da inserção do ordenamento global na ordem jurídica nacional, a função dos juízes no espaço global-nacional clama por nova

---

151 GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: Guappicchelli, 2011. p. 74.

152 CASSESE, 2009, p. 11.

153 CASSESE, Sabino. 2009, p. 131-135.

posição<sup>154</sup>. Na visão de Cassese, essa função deve ser paralela à integração entre os diversos regimes regulatórios, em prol de constituir unidade entre tais ordenamentos plurais e distintos<sup>155</sup>.

Finalizando, rememora-se que o sucesso do panorama transnacional ainda não logrou êxito em superar a problemática da legitimação das instituições globais. Nesse ponto, a construção, se possível, de uma democracia cosmopolita capaz de influenciar a produção, a interpretação e a aplicação do ordenamento global. Acerca da temática, Cassese se posiciona no sentido de que a inexistência de uma instituição global eleita pelo voto popular não pode ser considerada como expressão de um *deficit* democrático, e, para tanto, alude ao princípio do contraditório, sob pena de o Estado Constitucional Democrático regredir para tempos pretéritos e voltar aos atributos de Estado de Direito, de caráter impositivo<sup>156</sup>.

Tal ordenamento jurídico global necessita se colocar no enfrentamento de problemas diversos, a exemplo de conflitos de uniformidade e diferenças nacionais, da concorrência de normas globais-nacionais-locais, da atribuição de competências, da regulação do capital e objetivos para a governança global, da promoção dos Direitos Humanos, da preservação ambiental com critérios de sustentabilidade para todo o planeta; ou seja, uma nova e eficaz forma de limitação de um poder extremamente fluido, como o é a ordem global<sup>157</sup>.

Em que pese o desenvolvimento de uma estrutura de governo global, que tomou grandes proporções nos últimos trinta anos ao constituir sua própria lógica de funcionamento, e, ao considerar a complexidade social e institucional, pede por instrumentos menos engessados, mais dinâmicos, que possuam aspectos voláteis e capazes de levar a feito, quando necessária uma troca de seus atributos.

## 1.5 ESTADO DE DIREITO

---

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

155 CASSESE, 2009, p. 149 e ss..

156 *Id. Ibid.*, p. 166.

157 STAFFEN, **Interfaces do Direito Global**, 2015. p. 33.

A expressão Estado, em regra, vem acompanhada de um adjetivo que procura matizar a qualidade que melhor o identifica. Por essa razão, para Canotilho, “um Estado carecedor de adjetivos indica um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância.”<sup>158</sup>

Diante dessas constatações, Paulo de Tarso Brandão informa a centralidade do estudo do Estado no campo de abordagem da filosofia, teologia, ciência jurídica, ciência política, sociologia política e da história<sup>159</sup>. Logo, de gênese composta em múltiplas épocas históricas.

Segundo as manifestações de Nicola Matteucci:

*Se lo Stato moderno è una forma storicamente determinata di organizzazione del potere, dobbiamo guardaci dal caricare quel «moderno», che ha significato esclusivamente cronologico, di un valore ontologico, positivo o negativo che sia, in base a una filosofia della storia che esalti il progresso o cerchi di vedere in esso l'inizio della «crisi». Si deve cogliere lo Stato moderno nelle sue caratteristiche salienti solo per cercare di decifrare quella nuova forma di organizzazione del potere nella quale si è entrati nel Novecento e per la quale chissà se i posteri useranno ancora la parola Stato.*<sup>160</sup>

O Estado, adjetivado como de Direito, na avaliação de Zagrebelsky, apresenta-se como uma contraposição ao regime de força do Estado absoluto, baseado em três postulados fundamentais: a moderação do poder, a separação das funções do poder e a igualdade perante a lei. Assim, o Estado de Direito é concebido como o inimigo dos excessos. O princípio da legalidade é consagrado como o ponto

---

158 Dentre os inúmeros adjetivos inventariados por Canotilho, destaca-se: estado de direito, estado democrático, estado autoritário, estado social, estado liberal, estado intervencionista, estado socialista, estado unitário, estado regional, estado federal, estado republicano, estado nação, estado subsidiário, estado econômico, estado cooperativo, estado protetor, estado garantidor, estado internacional, estado cosmopolítico e estado ecológico. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 131-132).

159 BRANDÃO, 2006, p. 32.

160 MATTEUCCI, 2005, p. 19. Tradução livre: Se o estado moderno é uma forma historicamente determinada de organização do poder, devemos nos precaver contra o carregamento do “moderno”, que tem um significado exclusivamente cronológico, de um valor ontológico, positivo ou negativo, baseado em uma filosofia da história que aumenta a progresso ou tente ver nele o começo da “crise”. Precisamos apreender o estado moderno em suas características salientes apenas para tentar decifrar a nova forma de organização do poder em que entramos no século XX e para quem sabe se a posteridade ainda usará a palavra Estado.

de sustentação deste modelo, em que a lei passa a ser o instrumento de estabilização do Direito e do Estado.<sup>161</sup>

Na acepção de Costa, os pontos cardeais do Estado de Direito, que constituem as suas condições de possibilidade e de sentido, parecem ser o poder político (a soberania, o Estado), o Direito (o direito objetivo, as normas), e os indivíduos. Há uma conexão entre o Estado e o Direito que visa, em geral, a ser vantajoso para os indivíduos. O Estado de Direito configura-se, então, como um meio para, através do Direito, fortalecer a posição dos sujeitos, introduzindo a seu favor alguma limitação jurídica ao poder soberano. Ao assumir como destinação final a vantagem do sujeito, o Estado de Direito pretende assegurar alguns direitos aos indivíduos, em especial, as liberdades individuais.<sup>162</sup>

Nessa linha, o Estado de Direito designa os ordenamentos jurídicos em que os poderes públicos estão vinculados e limitados à lei, não apenas em relação às formas, mas também aos seus conteúdos. Na visão de Ferrajoli, o Estado de Direito moderno<sup>163</sup> nasce com a forma de Estado legislativo, no momento em que esta instância se fortalece, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido. Em resumo, uma norma jurídica será válida, independentemente de ser justa, por ter sido criada por uma autoridade dotada de competência normativa e de acordo com os procedimentos formais.<sup>164</sup>

Esse período se caracteriza essencialmente pela afirmação do monopólio estatal da produção legislativa. Expressa-se pelas codificações e consequente legitimação formal da eficácia dos atos jurídicos, em que predomina a forma legal das normas que preveem o Direito. É o que o autor denomina de Estado de Direito em sentido *débil* ou *lato*, por designar qualquer ordenamento regido pelo princípio da mera legalidade, em virtude do qual todo ato está disciplinado por normas jurídicas

161 ZAGREBELSKY, 2005, p. 21, 23.

162 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 96-97.

163 Apesar de algumas divergências, o termo “moderno” é utilizado pela história como referência ao período que se inicia após o fim do mundo medieval, pela irrupção de um novo estágio de desenvolvimento que se identifica com o Humanismo e o Renascimento. As profundas e revolucionárias alterações ocorridas nos séculos XVI e XVII justificaram esta ideia que foi consagrada pela historiografia. (SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 4-5)

164 FERRAJOLI, 2005, p. 16.

positivas. Esse paradigma em que a lei, qualquer que seja o seu conteúdo, é condicionante da validade e da eficácia dos atos que prevê é considerado pelo autor como a primeira revolução jurídica moderna.<sup>165</sup>

A lei, como norma geral e abstrata, pressupõe uma Sociedade homogênea de homens iguais e livres. Só nesse contexto social era possível uma regulação integral da vida jurídica com poucas normas, preferencialmente codificadas. A emergência de múltiplas e heterogêneas pretensões sociais e a separação entre Direito, Sociedade e mercado determinaram a superação dessa imagem de homogeneidade e causaram a lenta erosão do Estado de Direito.<sup>166</sup>

Em decorrência desse fenômeno, um novo paradigma, que há muito vinha se delineando, começou a se fortalecer e a ganhar contornos definidos, não se afigurando apenas como uma espécie de transição, mas, sobretudo, como protagonista de uma transformação que afeta profundamente a concepção de Direito. Paralelamente ao Estado de Direito, começou a se fortalecer e a se consolidar um novo modelo denominado de Estado Constitucional de Direito.

Nessa concepção, Ferrajoli conceitua o Estado Constitucional de Direito como o conjunto de limites e vínculos jurídicos formais e substanciais que devem envolver qualquer exercício de poder, não só público como também privado, não apenas do poder executivo, mas igualmente do legislativo, e não somente no ordenamento estatal, como também nas relações internacionais.<sup>167</sup>

Sem desconsiderar a importância dessa distinção, Pérez Luño pondera que a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito não foi resultado de uma oposição externa entre dois tipos diferentes ou incompatíveis de Estado, mas de uma decantação interna durante sua própria trajetória evolutiva. Sugere o autor que, nesse processo evolutivo, o Estado de Direito foi sucessivamente liberal, social e, finalmente, constitucional. Diante dessa conformação, manifesta preferência em estabelecer uma aproximação geracional

---

165 FERRAJOLI, 2007, p. 461.

166 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 54-55.

167 FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 461-462.

em que relaciona a dimensão triádica do Estado de Direito com os seus respectivos direitos fundamentais<sup>168</sup>.

Se considerados os efeitos jurídicos que decorreram desse processo de decantação que transformou o Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito, Pérez Luño destaca um tríptico deslocamento: 1) o deslocamento do princípio da primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição; 2) o deslocamento da reserva da lei para a reserva da Constituição; 3) o deslocamento do controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade.<sup>169</sup>

Destarte, o Estado constitucional de Direito, como um novo modelo jurídico-político, pode ser conceituado a partir de três fatores relevantes: a) a supremacia constitucional e dos direitos fundamentais, sejam de natureza liberal ou social; b) a consagração do princípio da legalidade como submissão efetiva de todos os poderes públicos; c) a atuação de todos os poderes do Estado destinados para a fruição dos direitos de cunho individual e à efetividade dos direitos sociais.<sup>170</sup>

Extrai-se que o Estado Constitucional de Direito se afigura como um modelo fundado, sobretudo, no princípio democrático e no pluralismo, ao respeitar e assegurar a centralidade da pessoa humana, a diversidade dos grupos sociais, as garantias à fruição dos direitos fundamentais, enfim, ao criar mecanismos que proporcionem uma harmonia nos vínculos estruturais de toda a dinâmica social e política.

---

168 Embora possa aparentar que o autor adotou uma perspectiva reducionista, ao avaliar a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito, mediante uma relação de simetria com as diversas gerações de direitos fundamentais que os acompanharam, crê-se que o seu objetivo foi apenas estabelecer uma análise comparativa sob esta ótica, mas sem a pretensão de desconsiderar a complexidade dos aspectos que envolvem o tema.

169 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 94-95.

170 PEÑA FREIRE, 1997, p. 37.

O século XX<sup>171</sup> é caracterizado por uma época de constantes avanços científicos, pelo aumento da população mundial e pela mudança da racionalidade no processo de produção e circulação de bens. Também nessa época, surgiram condições para que os países desenvolvessem estruturas políticas e econômicas que deram ênfase ao nascimento de vários direitos civis e sociais básicos. O modelo do Estado Social<sup>172</sup> ganhou força e predominou a convicção de um modelo que propõe maior intervenção estatal. Esse novo cenário propiciou o nascimento de um ambiente de competição de mercado aberto, resultante da superação de barreiras comerciais, e um considerável acréscimo de recursos estatais para melhoria das condições de investimento no mercado global<sup>173</sup>.

Estabelece a crença de uma sociedade que atua sobre si mesma de modo democrático, com vontade e consciência de seus cidadãos. Há entre os cidadãos um laço de solidariedade, de responsabilidade recíproca, fundado na integração cultural e na identidade coletiva. Essas características são contingenciais, restritas aos limites do território e definem o Estado Constitucional democrático<sup>174</sup>.

Retira-se a legitimidade do sistema político fundado num modelo republicano, no qual predomina a noção de comunidade e voluntariedade dos

---

171 A população foi arrancada dos liames sociais organizados em estamentos existentes no início da Era Moderna, e viu-se assim, ao mesmo tempo, posta em movimento e individualizada. Aos dois desafios do Estado nacional responde com a mobilização *política* de seus cidadãos. Pois a consciência nacional emergente tornou possível vincular uma forma abstrata de integração social e estruturas políticas decisórias modificadas. Uma participação democrática que se impõe passo a passo cria um status da cidadania uma nova dimensão da solidariedade mediada juridicamente; ao mesmo tempo, ela revela para o Estado uma fonte secularizada de legitimação. Por certo, o Estado moderno já vinha regulado desde o início seus limites sociais sobre os direitos de nacionalidade, isto é, os direitos de integrar o Estado. (HABERMAS Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 134).

172 [...] o Estado moderno diferenciou-se da circulação da economia de mercado institucionalizada legalmente; ao mesmo tempo, como Estado fiscal, ele se tornou dependente também da economia capitalista. Ao longo do século XIX ele se abriu como Estado nacional, para as formas democráticas de legitimação. Em algumas regiões privilegiadas sob condições propícias do pós-guerra, o Estado nacional, que entretantes se tornara um modelo para o mundo, pôde se transformar em Estado social – graças à regulação de uma economia política, no entanto, intocável no seu mecanismo de autocontrole. Essa combinação bem-sucedida está ameaçada na medida em que uma economia globalizada foge às intervenções desse Estado regulador. As funções do Estado social evidentemente só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada. (HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 69).

173 *Id. Ibid.*, p. 55-56.

174 *Id. Ibid.*, p.82.

cidadãos no processo de constituição do governo, para adentrar a um novo modelo de comunidade internacional pressupondo o uso público da razão. É necessário alcançar um nível de compreensão e também de legitimação dos Estados para atuarem num sistema internacional<sup>175</sup>.

Hoje, apresenta-se uma nova moldura ao Estado e à Constituição, novas estruturas vão surgindo, ensejando os processos de globalização de maneira que criam um mercado mundial, uma ordem transnacional de circulação de mercadorias, bens e serviços. Diante da fragilidade dos tradicionais autores nacionais, principalmente após a Segunda Guerra, houve também um declínio do Estado Constitucional nacional e a ascensão de um paradigma global<sup>176</sup> de Direito, decorrente do avanço tecnológico.

O paradigma transnacional de Estado moderno, para determinadas correntes pós-moderno pela descalcificação de caracteres importantes para aquele, pode ser caracterizado como uma complexa rede de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas eficazes dos Estados. A forma transnacional é a primeira a desconsiderar a fundamentalidade do território para o exercício de suas funções, nos dizeres de Márcio Ricardo Staffen<sup>177</sup>.

---

175 HABERMAS, 2001, p.140.

176 Todavia, a existência de um direito global, alimenta nesta quadra da História, uma pluralidade de desafios, a iniciar pelas próprias bases de globalização, múltipla em sua essência. Ao passo que a globalização guarda vastidão de caracteres, tais signos observam-se também nos ordenamentos jurídicos, nacionais e transnacionais. (STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do Estado Constitucional Nacional e a ascensão do direito global! Há espaço para os Juizados Especiais Federais? *In*: GRADOS, Guido Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs.). **Constitucionalismo em Mutação**: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica. Blumenau: Nova Letra, 2013. p. 161).

177 STAFFEN, **Interfaces do direito global**, 2015.

O fato de existir o processo de globalização<sup>178</sup> que enfraquece a capacidade do Estado nacional de manter as fronteiras do seu sistema e de regular de modo autônomo o processo de troca com o mundo, ao mesmo tempo se limita às modificações do sistema econômico internacional devendo se manter frente aos processos de globalização em toda a sua amplitude. Essa intensificação das relações de troca, de comunicação e das demais interações sociais para além das fronteiras nacionais, juntamente com a expansão massificada das telecomunicações, cultura e turismo, correspondem a um processo de globalização decorrente de um progresso do avanço científico e tecnológico.

Sem dúvida o entendimento de que a globalização, independente da postura que deseja tomar, é um dado da realidade, é um fenômeno que atinge de modo geral os limites territoriais, a produção<sup>179</sup>, a geração da riqueza e o poder dos Estados nacionais na ordem mundial. Nesse aspecto, há uma expansão do privado e um desenvolvimento das liberdades comerciais, mas o Estado ainda continua como autor da lógica organizadora global.

Valendo-se dos postulados de Luigi Ferrajoli, é possível assinalar que o ponto de declínio do significante “Estado”, enquanto instituição, isto é, o reconhecimento vertical de lugares ordenados e hierarquizados é agravado pela sua normatividade de baixa cogência, cuja capacidade de constrangimento é preterida.<sup>180</sup>

O desenvolvimento dos poderes privados econômicos tem gerado uma importância crescente no papel desempenhado pelas corporações e nas condutas

---

178 Embora os reflexos da globalização encontrem-se generalizados em setores diversos da atividade humana, cuja interdependência resultante atinge desde indivíduos a países, regiões, empresas transnacionais, organismos internacionais, organizações públicas e privadas, grupos e movimentos sociais, não se pode deixar de registrar o interesse no que concerne ao particular aspecto da economia. Os mercados tornam-se massificados e transnacionalizados, sendo que o fluxo de capitais e internacionalização do sistema financeiro, que ocasionam também os grandes conglomerados econômicos, afetam a estrutura tradicional do Estado-Nação, cuja noção é imbricada na ideia de soberania. (VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 116.

179 [...] o direito do comércio, tal como cada Estado nacional o estabeleceu no seu território, com base na sua história e na sua cultura próprias, é posto novamente em questão pela globalização das trocas. Esse processo traz até uma mudança nos modelos de produção, pois as grandes empresas tendem a criar suas próprias regras de condutas, que não tomam conhecimento das regulações jurídicas estatais. ARNAUD, André-Jean. **Governar sem Fronteiras: entre globalização e pós- globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 189.

180 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 37.

das empresas, que contribui para o crescimento de um direito negociado. Devido às mudanças tecnológicas, sociais e culturais, as empresas passam a ser cada vez mais responsáveis pelos direitos sociais, visando proporcionar atividades esportivas e culturais, capacitação e qualificação em cursos, necessários para o desenvolvimento saudável de qualquer ser humano além de melhorar as condições de vida do trabalhador.

O processo de intensificação da sociedade mundial produz uma série de modificações interligadas ao modelo do Estado moderno. A expansão das comunicações e do comércio, a preocupação ambiental e outros assuntos avançaram para além das fronteiras nacionais, gerando um espaço globalizado e transnacional no meio de tantas transformações.

A complexidade dos aspectos que envolvem a ideia de globalização, dada sua onipresença<sup>181</sup>, e o exercício do Estado ganham ênfase quando consideram um outro elemento importante a ser examinado, referindo-se, nesse sentido, ao cenário contemporâneo da globalização jurídica, que necessita fazer frente a diversos problemas, conflitos e diferenças nacionais. As normas globais-nacionais, a regulação do capital, assim como uma forma de limitação do poder, é que ganha fluidez numa ordem global atual.

Enfim, o percurso cronológico e teleológico do Estado destina ao Estado de Direito, sobretudo em tempos de globalização jurídica, um papel inafastável: a necessidade imperiosa de submeter o Direito ao Direito<sup>182</sup>, fazendo com que normatividade e juridicidade possam coabitar um complexo sistema analítico maturado desde o advento da globalização.

---

181 Nesse sentido, ver: SANTOS, Boaventura de Souza. **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamentos, 2001. p. 13.

182 FERRAJOLI, 2007, p. 14-17.

## CAPÍTULO 2

### TRANSNACIONALISMO

#### 2.1 TRANSNACIONALISMO: DA PAZ DA VESTFÁLIA A BRETTON WOODS

A partir da modernidade, em meados do século XX, estamos num período marcante de grandes transformações que simbolizam a história humana. Com a expansão da globalização cria-se uma nova compreensão da realidade, também denominada de era transnacional, que pode ser caracterizada como uma rede de relações políticas, econômicas, sociais e jurídicas que abrange novos atores, conflitos e interesses.

Em vista disso, quebra-se o paradigma consolidado desde a “Paz de Vestfália”, que colocara o Estado sobre os pilares da soberania, territorialidade, autonomia e legalidade, dando origem, no dizer de McGrew, à “ordem internacional vestfaliana”<sup>183</sup>. Na espécie, não é demais lembrar como os preditos caracteres sedimentaram a clássica noção de Estado-nação.

A soberania decorrente dos tratados de paz da Vestfália permitia aos Estados exercerem com exclusividade e plenitude seus direitos e poderes, exercício este que se constituía na fonte da autoridade política e jurídica em relação à população de determinado território. Como consequência, reduziu as influências do Vaticano e do papado.

Já a territorialidade se identificava com o fato de os Estados ostentarem fronteiras territoriais fixas e definidas, as quais não designavam apenas o âmbito espacial da dimensão, mas também a jurisdição em que se podia desenvolver o poder. Assim é que, por exemplo, os tratados de paz da Vestfália demarcaram, em solo europeu, os territórios que admitiam a influência papal e os que a rechaçavam.

---

<sup>183</sup> MCGREW, Anthony. *Globalization and territorial democracy: an introduction*. Cambridge: Polity, 1997. p. 3.

A autonomia, de seu canto, decorria da pactuada não-intervenção, porquanto os Estados detinham a capacidade e o poder de conduzirem seus próprios assuntos, isentos de intervenção externa.

A legalidade é outro signo distintivo do Estado-nação oriundo da Paz de Vestfália. Os tratados de paz, no ponto, assentaram o afastamento das regras de *jus gentium* para destacar a incidência, a partir de então, do sistema de direito internacional. É dizer, as relações entre Estados estão sujeitas às disposições de direito internacional apenas na medida da contratação, não se concebendo a existência de autoridade ou Direito que, além do Estado ou em sobreposição a este, imponha disposições e regras.

No concreto, Held afirma que o modelo vestfaliano determinou que os processos de criação normativa, soluções de controvérsias e execução de normas fossem exclusiva e fundamentalmente responsabilidade dos Estados, tidos isoladamente. Ademais, tais regras eram criadas objetivando estabelecer regras mínimas de convivência, relegando o estabelecimento de relacionamentos a longo prazo a objetivos secundários, dependentes dos interesses nacionais.<sup>184</sup>

Do exposto, infere-se claramente que a ordem internacional foi, por séculos a fio, estratificada sobre as noções de Estado-nação e soberania – item que dá concretude à ideia de Estado – lançadas em 1648, prestando-se à defesa e à manutenção do caráter exclusivo de cada autoridade nacional.

Seja como for, a década de 1980 é o ponto de inflexão do processo de desmontagem ou desconstrução do Estado-nação. Discrepando da doutrina que advoga o início do processo globalizador e o termo inicial de suas consequências nas reuniões que originaram o Sistema de Bretton Woods, Sassen<sup>185</sup> pondera que o sistema predito mais se amoldava ao mundo anterior à Segunda Guerra do que com a era global, que, para a socióloga, caracteriza-se por uma nova dimensão do conceito de autoridade: o plano nacional se constitui em um palco para a política global. Nesse novo quadro, desnacionalizam-se os programas estatais e se privatiza a elaboração das normas jurídicas (*soft law*).

---

184 HELD, David. **Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance.** Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 78.

185 SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos.** Buenos Aires: Katz, 2015. p. 204.

Destaca-se que o fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado, especialmente, pela desterritorialização, pela expansão capitalista, pelo enfraquecimento da soberania e pela emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal<sup>186</sup>.

Neste sentido, a transnacionalização é compreendida como fenômeno reflexivo da globalização que se evidencia pela desterritorialização<sup>187</sup> dos relacionamentos político-sociais, ditado por um sistema econômico capitalista ultravalorizado, que vincula o ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados<sup>188</sup>. O transnacionalismo é trazido como um reflexo da globalização, capaz de criar espaços de regulação e de fiscalização transnacionais que permitem uma limitação ao domínio hegemônico do capital<sup>189</sup>.

O transnacionalismo constitui um período identificado como segunda modernidade<sup>190</sup>, que provoca uma redefinição da estrutura política e do equilíbrio

---

186 GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Estado, Globalização e Soberania: fundamentos político-jurídicos do fenômeno da transnacionalidade**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. p. 1048-10971. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/.../1915.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/.../1915.pdf). Acesso em 02 fev. 2016.

187 É uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal nacional e também não é espaço que está acima dele. Está por entre eles, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Estado Constitucional Moderno tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis. A “desterritorialização” do Direito Transnacional acontece em virtude da existência incontestada de estruturas de poder econômico, político, social e cultural transnacionais descentradas, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou estado. (CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. Revista Eletrônica do CEJUR. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/cejur/article/view/15054>. Acesso em 02 fev. 2016).

188 GONÇALVES *et al. op. cit.*, 2009.

189 TOMAZ, 2013, p. 223.

190 O momento constitui-se num período de transição identificada como uma segunda modernidade, ou uma modernidade reflexiva, na qual a própria Sociedade está tendo a oportunidade de se debruçar sobre os seus problemas, originários especialmente no que diz respeito ao progresso tecnológico, científico e rompendo com a ilusão do iluminismo de que a ciência levaria a humanidade à libertação e à felicidade. (TOMAZ, Roberto Epifanio. **A possibilidade e a necessidade do direito empresarial transnacional**. Tese defendida no Programa de Doutorado em Ciência Jurídica. Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Universidade do Vale do Itajaí, 2015. p. 61. Disponível em: [www.univali.br/.../TESE%20-%20Roberto%20Epifanio%20Tomaz%20-%20...](http://www.univali.br/.../TESE%20-%20Roberto%20Epifanio%20Tomaz%20-%20...) Acesso em 03 fev. 2016).

entre nação e Estado, o qual passa a ser considerado como força motriz da construção das estruturas globais.

A expressão latina *trans* significa algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados<sup>191</sup>. A partir disso, surge o conceito de Estado transnacional que decorre da emergência de novos espaços públicos solidários, plurais, livres e democráticos, resultante da intensificação das relações globais, da regulação, da intervenção e dotados de capacidade jurídica.

No entanto, faz-se necessário a transição do Estado-nacional para a era transnacional, que está fundada em nova configuração do sistema político; na diversidade de atores transnacionais e nacionais que cooperem entre si, substituindo as relações internacionais de conflito por relações transnacionais de cooperação e solidariedade. No âmbito do direito, a transnacionalização serve para incluir todas as normas que regulam atos e fatos que transcendem as fronteiras internacionais, possibilitando o surgimento de um Direito transnacional<sup>192</sup>. O Estado transnacional passa a se relacionar no âmbito externo a partir da cooperação entre os povos, superando o conflito de disputas em temas internacional e supranacional<sup>193</sup>. Neste cenário, faz emergir um Direito transnacional que possa regular a multiplicidade de situações da sociedade contemporânea, que faça cumprir sua função social de proteção às pessoas, de bem-estar, superando o modelo atual de concentração de riquezas, exclusão e pobreza.

*There is no direct linear correlation between the intensification of globalization and the apparent erosion of state power. On the contrary, it is equally associated with the expanding jurisdiction*

---

191 CRUZ, *et al.*, 2016.

192 Agentes transnacionais lançam instrumentos jurídicos cogentes que incidem sobre a máquina estatal e as pessoas diretamente, no qual o devido processo legislativo é acessório, ou até mesmo, desnecessário, instalando um panorama complexo e ambíguo. Ambíguos em razão de proceder na produção normativa sobre bases contratualísticas, mixando público e privado na circulação de modelos jurídicos. A título de ilustração citem-se as determinações do Banco Mundial, as políticas internas da ICANN, as exigências impostas pela FIFA, os termos de aceitação de sites na internet. Assim, o primado da lei é em definitivo deslocado para funções de justificações de decisões consensuais prévias celebradas em cenários transnacionais. STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. p. 36-37.

193 TOMAZ, 2013, p. 223.

*of state authority through the creation of international agencies and regimes. Recent studies demonstrate that the consequences of globalization for any state are mediated by its location in the hierarchy of power, domestic institutional structures and the mobilization of countervailing political and economic strategies. Governments and politicians, contrary to much globalization hype, are not immobilized by global and regional forces; the states continues to matter. Rather, in the modern era, the state and the state power arguably are being restructured. This restructuring is captured in the growing external disjunctions between the "de jure" claim of states to effective supremacy over that occurs within their territories and the political practice of states confronted by overlapping global, regional, multilateral and transnational networks and power structures.*<sup>194</sup>

Assim, a transnacionalidade advém do resultado das relações que foram criadas entre os Estados decorrentes do fenômeno da globalização. Essas relações se tornaram mais frequentes nas últimas décadas do século XX que desencadeia o desenvolvimento, a exploração da atividade econômica, e vem sendo acompanhada pelo avanço tecnológico e científico dos diversos tipos de relações humanas mundiais.

Como consequência disso, também houve um transbordamento do controle estatal sobre a regulação de ditas relações humanas, que se operaram e operam não apenas entre Estados, mas entre corporações, Empresas Transnacionalizadas, pessoas individuais, bancos, novos agentes<sup>195</sup>. O fenômeno da transnacionalização cria um espaço na relação entre os humanos, emergente da sociedade mundial plural e complexa e que requer uma nova realidade reflexiva provocada pela globalização.

194 MCGREW, Anthony. Global legal interaction and present-day patterns of globalization. In: GESSNER, Volkmar; BUDAK, Ali Cem (Org.). **Emerging legal certainty: empirical studies on the globalization of law**. Brookfield: Ashgate, 1998, p. 337-338. Tradução do autor: "Não há correlação linear direta entre a intensificação da globalização e a aparente erosão do poder do Estado. Pelo contrário, está igualmente associado à jurisdição em expansão da autoridade estatal através da criação de agências e regimes internacionais. Recentes estudos demonstram que as consequências da globalização para qualquer estado são mediadas por sua localização na hierarquia de poder, estruturas institucionais domésticas e a mobilização de estratégias políticas e econômicas contrárias à economia. Governos e políticos, ao contrário de muitos exageros da globalização, não são imobilizados por forças globais e regionais; os estados continuam a importar. Em vez disso, na era moderna, o estado e o poder estatal estão sendo reestruturados. Esta reestruturação é capturada no crescente disjunções externas entre a alegação "de jure" dos Estados de supremacia efetiva sobre o que ocorre dentro de seus territórios e a prática política dos Estados confrontada pela sobreposição de redes globais, regionais, multilaterais e transnacionais e estruturas de poder."

195 TOMAZ, 2016.

Surge uma nova ordem mundial, influenciada por diversos fatores decorrentes da intensificação do fenômeno da globalização, tornando necessária a discussão sobre a organização de espaços públicos transnacionais que viabilizem a democratização das relações entre estados, relação fundada na cooperação e solidariedade, com o intuito de assegurar a construção das bases e estratégias para governança, regulação e intervenção transnacionais<sup>196</sup>.

Neste cenário, entes públicos supraestatais ditam as regras aplicáveis a cada área que atuam, como o transporte aéreo, telecomunicações, estradas, ferrovias etc. Destaca-se que, no campo das comunicações eletrônicas e da internet, existe um espaço cada vez maior para propagação das relações. Há reconhecimento e compreensão de uma nova ordem global instaurada com forças supraestatais que interfere diretamente na rotina estatal, buscando mecanismos e alternativas ágeis e sólidas para resolução dos conflitos, dando ao Estado condições de atuar numa ordem supranacional.

Assim, a transnacionalidade insere-se no contexto da globalização, enquanto globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo como único; a transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio<sup>197</sup>.

Nesse sentido, colhe-se do pensamento de Carla Piffer e Paulo Márcio Cruz:

Diante dessas reflexões acerca do direito transnacional, entende-se que os acontecimentos de hoje são transnacionais porque ocorrem de forma recorrente para além das fronteiras nacionais e requerem um compromisso regular e significativo de todos os participantes, pois, à medida que a globalização desenvolve sua dinâmica, cresce a necessidade de os envolvidos se localizarem em novos cenários e encontrarem maneiras de contrabalançar as novas tendências e limitar os novos poderes desterritorializados.

Com os processos de globalização cria-se um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional, permitindo a livre circulação de mercadorias bens e serviços, têm-se um poder hegemônico de natureza econômica e financeira, que demonstra uma redução da crise do Estado<sup>198</sup>, instituindo elementos de uma

---

196 CRUZ, *et al.* 2016.

197 GONÇALVES, *et al.*, 2009. p. 1048-10971

198 *“Cuando se creyó que la globalización significaba el fin del Estado nación y de la democracia, una de las alternativas que surgió para enfrentar la crisis de un Estado que se consideraba obsoleto y dar respuesta al proceso globalizador, fue el surgimiento del concepto de Estado transnacional. Frente a la diferencia de poder entre el Estado nación y una serie de fuerzas transnacionales que superan su capacidad de acción como las empresas multinacionales, la criminalidade, las políticas culturales, los*

*movimientos sociales, los medios de comunicación, los Estados nación no pueden seguir apegados a un territorio y al control de unas fronteras que ya no dominan. Tienen por necesidad que hacerse también transnacionales. Tienen que tomar conciencia de la urgencia de la cooperación mutua más allá de los límites nacionales y comprender que el poder estatal puede potenciarse a través e la cooperación transnacional. En el entendido que esta transnacionalización los dota de poder para adelantar la policía interna e internacional, garantizar los derechos políticos fundamentales, ordenar políticamente el proceso de globalización y regularlo transnacionalmente.”* (VILLA, Aramando Estrada. **El Estado existe todavía?** Medellín: Ediciones Unaula, 2011. p. 959).

governança global. Contudo, o transnacionalismo não se restringe mais a uma operação internacional arquitetada pela autonomia da vontade, mas na possibilidade de se escolher uma regra de direito<sup>199</sup> que se origina de novos fenômenos da sociedade moderna, novas concepções, novas mudanças que vêm sofrendo as estruturas tradicionais do Estado, espaços transnacionais que foram constituídos através de instituições novas ao alcance da modernidade.

Os Estados transnacionais são fruto da globalização, mediante a colaboração e integração com outros Estados, criando interdependência transnacional em dimensões da economia, ciência, tecnologia, direito e cultura. Neste sentido, o Estado transnacional busca que todos os Estados atuem coletivamente e não se excluam entre si, que se situem numa sociedade mundial globalizada e que haja uma cooperação entre todos os povos das nações.

Diante de um Estado transnacional que requer novos espaços públicos, novos atores transnacionais, há também um enfraquecimento da soberania. O Estado ao se deparar com a situação global percebe sua incapacidade de controlar o poder político e os meios de produção<sup>200</sup>. Desta forma, o fenômeno da transnacionalidade se revela de fundamental importância mundial, pois permite o surgimento de uma sociedade mundial caracterizada pela multiplicidade de línguas, culturas, agentes, e que exige a reflexão e a influência do Direito como fenômeno humano para estabelecer a vida em sociedade, proporcionando um ganho universal para toda a humanidade. Independente do fator que a Transnacionalidade insere na sociedade e no cenário mundial, atribuindo uma dimensão aos espaços públicos e

---

Tradução do autor: “Quando se acreditava que a globalização significava o fim do estado-nação e da democracia, uma das alternativas que surgiram para enfrentar a crise de um Estado considerado obsoleto e que respondeu ao processo de globalização foi o surgimento do conceito de Estado transnacional. Diante da diferença de poder entre o Estado-nação e uma série de forças transnacionais que excedem sua capacidade de atuar como empresas multinacionais, criminalidade, políticas culturais, movimentos sociais, mídia, estados-nação não podem continuar a ser anexados para um território e controle de fronteiras que já não dominam. Eles precisam ser transnacionais também. Eles precisam estar cientes da urgência da cooperação mútua além das fronteiras nacionais e entender que o poder do Estado pode ser desafiado através da cooperação transnacional. No entendimento de que esta transnacionalização lhes dá poder para avançar políticas internas e internacionais, garantir direitos políticos fundamentais, ordenar politicamente o processo de globalização e regulá-lo transnacionalmente.”

199 STAFFEN, **Interfaces do Direito Global**, 2015, p. 20.

200 CATAFESTA. Sérgio Ribeiro. **Transnacionalismo**: estado de direito laico e equilibrado. Revista Justiça do Direito v. 27, n. 2, jul./dez. 2013 - p. 448-463. Disponível em: [www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/4682/3149](http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/4682/3149). Acesso em 01 fev. 2016.

privados, os significados de democracia e responsabilidade social ganham novas interpretações e, por isso, promovem mudanças radicais na política e nas relações jurídicas, que se tornam inovadores diante deste atual cenário globalizado e transnacional<sup>201</sup>.

*La prima condizione della sua stessa esistenza e del suo funzionamento, è il transnazionalismo. L'ordine giuridico globale, mentre viene descritto normalmente come costruito lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale – è, invece, di fatto, costruito innanzitutto da linee orizzontali, tra autorità nazionali e agenzie globali e tra agenzie globali. In altre parole, è un ordinamento fondato largamente sulla cooperazione sia al livello interstatale, sia al livello globale in senso stretto.*<sup>202</sup>

A ideia de transnacionalidade<sup>203</sup> permite refletir para um Estado Transnacional que possa se relacionar no âmbito externo a partir da cooperação e da solidariedade, superando o conflito e a disputa internacional e supranacional. No entanto, é necessária uma globalização que beneficie a todos, que seja assumida como uma nova maneira de estar no mundo e que implique em mudanças, como: estilo de vida, relações sociais, comunhão das civilizações, e que decorra do fenômeno da transnacionalidade das relações humanas.

Para Roberto Epifanio Tomaz<sup>204</sup>, a transnacionalidade ganha um novo contexto mundial que pode ser compreendido como fenômeno reflexivo da globalização e que pode ser evidenciado nas seguintes características: a) a desterritorialização dos relacionamentos políticos e sociais; b) o enfraquecimento da concepção do Estado-nação como entidade soberana e central na regência dos

---

201 TOMAZ, Roberto Epifanio, 2015. p. 62.

202 CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006. p. 11. Tradução livre do autor: “A primeira condição de sua própria existência e funcionamento é o transnacionalismo. A ordem legal global, embora seja normalmente descrita como construída ao longo de linhas verticais - do nível nacional ao global - é, em vez disso, do destino, construída principalmente por linhas horizontais, autoridades nacionais e agências globais. Em outras palavras, é um sistema amplamente baseado na cooperação, tanto em nível interestadual quanto em nível global, no sentido estrito.”

203 A Transnacionalidade trata-se de fenômeno reflexivo da Globalização, por se caracterizar pela permeabilidade estatal e pela criação de uma terceira dimensão social, política e jurídica, que perpassa a realidade nacional, mas que não se confunde com ligações ponto-a-ponto da internacionalidade. Assim, enquanto a Globalização é fenômeno envolvente, a Transnacionalidade é o nascente de um terceiro espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional. (TOMAZ, *op. cit.* p. 62).

204 *Id. Ibid.*

interesses da Sociedade que leva, por conseguinte, à; c) articulação de um ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.

Assim, ao tratar das relações transnacionais, está a referir o relacionamento entre os Estados e o que está além do Estado, assim, os problemas que eram tratados de forma singular passam a ser tratados de forma plural. Diante das características trazidas anteriormente, vê-se emergir um ordenamento jurídico<sup>205</sup> influenciado pelo monopólio estatal e com forte influência econômica para reger e ditar as relações transnacionalizadas.

Ressalta-se que as questões trazidas acerca da transnacionalidade demonstram que o fenômeno nasceu no contexto da globalização e oportuniza um momento único de estabelecer relações entre os Estados além das fronteiras, permitindo se pensar em espaços mais democráticos, de regulação, de governança e fiscalização transnacionais que coloquem limite nos aspectos negativos que tem gerado exclusão social, desvalorização laboral, aumento da pobreza, entre outros aspectos.

Por ora, a transnacionalidade valoriza algumas características da globalização, porém adota uma posição reflexiva e contra-hegemônica, apontando para a construção de espaços transnacionais que permitam a substituição do modelo neoliberal de concentração de riqueza e de exploração das atividades econômicas, por relações baseadas nos princípios da sustentabilidade<sup>206</sup>, solidariedade entre os povos, cooperação, como novos valores que nortearão a transnacionalidade e a diferenciação da globalização.

205 O poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz. [...] Tal importância se deve ao fato de que o ordenamento jurídico global não possui, em regra, caráter direto e formalmente vinculante. Portanto, sua efetividade torna-se mais complexa, haja vista, a adesão voluntária. Com isso, o sucesso do direito transnacional depende da sua adoção pelos órgãos jurisdicionais. (STAFFEN, Márcio Ricardo. **Modelo Constitucional de Impugnação de Julgados nos Juizados Especiais Federais**: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza. Tese defendida no Programa de Doutorado em Ciência Jurídica. Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Universidade do Vale do Itajaí, 2014. p. 98).

206 A sustentabilidade pode ser definida como um princípio fundamental da lei e da governança. Ela atingiu um grau de maturidade que permite a análise de seu significado e *status* legal. Isso pode ser feito de modo similar ao que ocorre com outros princípios fundamentais como justiça e liberdade quando foram examinados e promovidos. (BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de: Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 19).

No entanto, a transnacionalidade requer e garante um novo pacto social gerado por organismos democráticos e republicanos de governança e de regulação transnacionais, que constitua uma nova dimensão política e defenda os interesses de uma sociedade mundial, na regulamentação das relações sociais mais justas e humanitárias<sup>207</sup>.

Cabe ressaltar, que hoje vivemos numa sociedade acelerada de etapas de transição, de novas formas de organização em escala mundial. Nesse sentido, a globalização é universal, pois é capaz de estruturar e criar novos tipos de relações mais solidárias, inclusivas, democráticas, configurando novos espaços públicos que possam ser aplicados além das fronteiras e que incluam juntamente o local, o regional e o mundial. Espaços que sejam acessíveis aos seres humanos e que adotem bem-estar e dignidade.

Em suma, devem-se adotar novas estratégias globais de governança, regulação e intervenção que aproximem povos e culturas numa participação consciente e mais reflexiva da atuação dos cidadãos na política, cultura, economia, e no meio social, pautada na proteção ambiental, na responsabilidade global, na proteção e defesa de toda a comunidade de vida. Um mundo globalizado requer novas relações, novas necessidades, há problemas e desafios que devem ser enfrentados e pressupõem novas ferramentas capazes de atuar e fazer frente nos dias atuais, passando por uma reabilitação do jurídico, do social, da cultura, da política e da economia.

## **2.2 A CONSTELAÇÃO PÓS-NACIONAL**

Jürgen Habermas, filósofo alemão ligado à teoria crítica e pragmática, apresenta seu estudo intitulado “A Constelação Pós-Nacional”<sup>208</sup>, no qual suscita alguns pontos fundamentais que concernem à nova modelagem social face a globalização econômica e seus respectivos efeitos junto ao Estado Nacional.

---

207 TOMAZ, 2015. p. 68.

208 HABERMAS, 2001.

Habermas, passa à análise dos diversos fenômenos pautados, em especial, pelo avanço da globalização a partir do século XX. Fazendo um recorte retrospectivo dos grandes eventos do século passado, o autor traça alguns dos principais pontos de mutação dentro do âmbito social, tal como o desenvolvimento demográfico, principalmente no continente europeu, muito em função do grande avanço tecnológico nas ciências médicas e pela proliferação de um sentimento coletivista após os eventos de 1945, aglutinando diferentes povos sob o mesmo território buscando proteção de um macro-sujeito superforte (Estado)<sup>209</sup>.

Elenca, ainda, como um dos pontos de mudança do século XX, a lógica da organização do trabalho, a qual passa a ter um caráter pós-industrial, transferindo-se do setor terciário para o quartenário, baseado pelo saber, a exemplo das indústrias *high tech*, dependente da afluência de novas informações, pesquisas e análises. No que diz respeito à agricultura, a sua forma mecanizada desencadeou um processo de despovoamento em larga escala das áreas rurais. O progresso técnico-científico também é considerado um fator preponderante durante a vigência dos anos 1900, tendo em vista o grande avanço no descobrimento de materiais sintéticos, meios de transporte, saúde e meios de comunicações<sup>210</sup>.

O próprio entendimento do saber tomou diferentes rumos, levando em consideração a preponderância das especializações na formação acadêmica. Traça, nesse contexto, o aspecto do século XX em relação aos seus grandes eventos, quais sejam, duas grandes guerras e a derrocada do sistema comunista, que, por sua vez, foram amplamente ocupados pelo desafio ao sistema capitalista mundial, pelo irrompimento de movimentos totalitários e por cruzadas ideológicas de diferentes correntes.

Nesse diapasão, tais acontecimentos desencadearam mudanças culturais estruturantes, assim, dando azo a três grandes desenvolvimentos políticos do século: a) Guerra Fria; b) descolonização; e c) construção do Estado Social na Europa. Cabe salientar que, ao fim do século, houve a irrupção de crises dentro do Estado Social, impulsionadas pela crescente desregulação e abertura de novos

---

209 HABERMAS, 2001, p. 64.

210 *Id. Ibid.*, p. 67.

mercados, acelerando, simultaneamente, os processos de globalização e as desigualdades sociais.

Os processos globalizantes, nesse momento, passam a redefinir seu espaço de atuação, competindo em muitas ocasiões com o próprio Estado Soberano, que por sua vez não é mais capaz de exercer sua função reguladora dentro desse novo panorama pautado pelas redes econômicas transnacionais. Daí, a atenção voltar-se sobretudo para a construção de instituições supranacionais. Essas instituições, aduz o autor, não necessariamente devem estar unidas aos Estados Nacionais, muito menos ligadas a uma ideia de governo mundial, mas precisam repousar nos membros ativos da sociedade civil com capacidade de influenciar além das fronteiras, tal qual as ONGs e os movimentos sociais.

A institucionalização de procedimentos para sintonizar esses interesses mundiais esparsos deve atender a independência, os caprichos e as peculiaridades dos Estados outrora soberanos, em função disso há o alargamento da influência dos organismos ligados à sociedade civil, sendo estes os mais sensíveis quanto às características elencadas.

Junto do Estado Social desenvolveu-se a ideia da democracia de massas, e nesse momento histórico, novamente, ambas se encontram lado a lado no fim de um desenvolvimento ininterrupto que perdurou por mais de 200 anos. O Estado territorial, a nação e uma economia pensada para dentro dos limites fronteiriços, criaram um cenário propício para a democracia representativa. Entretanto, o conceito de democracia vem sendo abalado pelo advento da globalização, desafiando a teoria e a doutrina política a buscar soluções para as questões democráticas na nova constelação pautada pelos mercados transnacionais.

Levando em consideração que o Estado compreendido como nacional deve organizar as suas decisões em bases territoriais, uma congruência entre participantes nas decisões e afetados é cada vez mais rara na sociedade mundial interdependente, conectada em redes de interação<sup>211</sup>.

---

211 DOBSON, Andrew. **Citizenship and the environment**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

Por outra banda, surgiram novos “governos” em âmbitos regionais, internacionais e globais, que permitem “governar além, para além do Estado Nacional” e que compensam, em certa medida, a perda de capacidade de ação nacional em alguns aspectos funcionais. Nesse sentido, vale ressaltar a atuação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial no campo econômico, assim como da Organização Mundial de Saúde e das *special agencies* da Organização das Nações Unidas.

Essa nova caracterização dá origem a um cenário em que a normatividade se desvincula do (des)necessário elemento coercitivo que justificava a existência de um órgão de decisão centralizado, não se desvelando despicienda a observação de Lambert<sup>212</sup>:

*State authority and power have become diffused in an increasingly globalized world characterized by the freer trans-border movement of people, objects and ideas. This has led some international law scholars, working from the American liberal tradition, to declare the emergence of a new world order based on a complex web of transgovernmental networks.*<sup>213</sup>

Evidencia-se, assim, que a prática de uma política plural de vários níveis pode fechar algumas das brechas de eficiência surgidas com a perda da autonomia dos Estados Nacionais, mesmo que não possa fazê-lo em relação aos aspectos relevantes da política econômica e social realizada de maneira positiva. Entretanto, diante da transferência de competência de níveis nacionais para internacionais abrem certos vazios de legitimação, os quais, apenas longinquamente satisfariam as exigências institucionalizantes do Estado Nacional.

Sobre esta questão, propõe-se uma nova leitura da formação deliberativa da opinião dos cidadãos, fundada no princípio da soberania do povo e nos direitos do homem, onde esta constituiria um meio para uma forma de solidariedade

---

212 LAMBERT, H  l  ne. Transnational law, judges and refugees in the European Union. In: GOODWIN-GILL, Guy S.; LAMBERT, H  l  ne. **The limits of transnational law: refugee law, policy harmonization and judicial dialogue in the European Union.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. p. 1-16, p. 1.

213 Tradu  o livre do autor: “A autoridade e o poder do Estado se difundiram em um mundo cada vez mais globalizado, caracterizado pelo movimento transfronteiriço mais livre de pessoas, objetos e ideias. Isso levou alguns estudiosos do direito internacional, trabalhando a partir da tradi  o liberal americana, a declarar o surgimento de uma nova ordem mundial baseada em uma teia complexa de redes transgovernamentais.”

abstrata, reproduzida graças à participação política de todos os atores sociais. No entanto, o processo democrático deve balizar-se sob os seus próprios resultados se quiser proteger a solidariedade dos cidadãos das tensões centrífugas<sup>214</sup>.

No intuito de superar a ideia da ilegitimidade, o filósofo de Frankfurt indica a elaboração de uma estratégia estatal no sentido de não procurar entrar em concorrência por posições organizadas na ordem social, mas concentrar-se em confeccionar uma política transnacional de melhoria e conservação dessa rede global, extraindo, dessa forma, as benesses oferecidas por este novo paradigma. Pode-se concluir, pelo até então exposto, que a única forma de enfrentar de maneira razoável os desafios da globalização é a implementação de novas formas de autocondução democrática dentro da constelação pós-nacional<sup>215</sup>.

Habermas subdivide as principais correntes quanto ao grau de concordância com relação à democracia pós-nacional no ambiente europeu: a) eurocéticos; b) pró-mercado; c) eurofederalista; d) partidários do global governance. a) Os filiados a esta corrente consideram a unificação dos países europeus sob a mesma moeda um grave erro, com consequências incalculáveis; b) estes, por seu turno, consideram a aderência à moeda continental uma necessidade, saudável ao mercado interno, e dão-se por satisfeitos sendo este o único fator para unir supranacionalmente os países-membros; c) os eurofederalistas visam uma transformação dos contratos internacionais em uma constituição política para criar um fundamento legitimador próprio para as decisões supranacionais de comissões, conselhos, tribunais e parlamentos europeus; d) estes últimos tomam uma posição cosmopolita, pois veem o Estado confederado da Europa como uma base inicial para a construção de um governo de uma futura “política interna mundial”, fundamentada em contratos e relações internacionais.<sup>216</sup>

Jürgen Habermas<sup>217</sup>, coleciona os efeitos favoráveis que Estados confederados continentais podem adquirir graças às suas bases econômicas alargadas e à moeda comum, como, por exemplo, vantagens negociais no jogo

214 ARCHIBUGI, Daniele. **The global commonwealth of citizens: toward cosmopolitan democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 115.

215 HABERMAS, 2001, p. 74.

216 *Id. Ibid.*, p. 87 ss.

217 *Id. Ibid.*

global. Fusões supranacionais desse gênero podem formar ao menos um grupo de atores aptos a negociações globais que, em princípio, é capaz não apenas de acordos incisivos, mas também de implementá-los. Porém, mais uma vez, esse tipo construção tropeça na problemática da legitimidade democrática desses novos blocos de governo.

Para essa questão coloca-se em cheque a formação da vontade popular democrática nos moldes tradicionais, encorajando a atribuição à construção da forma democrática da vontade com função epistemológica, ganhando a dimensão do uso público da razão para a liberdade política. Então, o procedimento democrático retira a sua força legitimadora não mais apenas da participação e da expressão da vontade, mas, antes, do acesso universal a um processo deliberativo cuja natureza fundamenta a expectativa de resultados racionalmente aceitáveis.

Deslocam-se, assim, os pesos da personificação concreta da vontade soberana nas pessoas e nas eleições, corporações e votos, para as exigências de procedimento dos processos comunicativos e decisórios, afrouxando-se a associação conceitual da legitimação democrática com as conhecidas formas de organização estatal.

Esse direcionamento encontra forte embasamento na teoria dos direitos humanos e seu caráter universal a todos os indivíduos em qualquer comunidade, tendo em vista irrefutável tensão entre essa característica comum a todos os seres humanos e a capacidade de efetivá-las concentrando-se apenas no plano nacional.

Habermas<sup>218</sup>, com escopo de compreender a dificuldade de trabalhar com o novo panorama mundial, pautado pela globalização desenfreada e pela atuação de inúmeros novos partícipes da constelação pós-nacional, aborda a complexidade de inteirar-se daquilo que é tido como “novo”, remetendo-se a concepções filosóficas acerca da modernidade. A palavra *modernus*, inicialmente foi usada em meados do século V para diferenciar o presente “Cristão”, do antigo “Pagão”. Desde então, a expressão é empregada para dar uma conotação de descontinuidade proposital de uma ordem antiga face a uma ordem nova<sup>219</sup>. O mundo “moderno” encontra-se de tal

---

218 HABERMAS, 2001.

219 ABBAGNANO, Nicolás. **Dicionário de filosofia**. Edição revista e ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

modo em oposição ao “antigo” que ele se abre radicalmente ao futuro. Nesse sentido, o momento transitório do presente ganha proeminência e, a cada geração, serve como ponto inicial para a apreensão da história no seu todo.

A modernidade compreende a si mesma em oposição à tradição, ela busca, a seu turno, apoio na razão. Uma modernidade reflexiva deve justificar por suas próprias razões, de acordo com seu parâmetros, a escolha dos modelos sob os quais sua sociedade será regida, extraíndo toda sua normatividade e rompendo inteiramente com um modelo passado já previamente idealizado.

Com isso, os processos de globalização criaram progressivamente um “mercado mundial”<sup>220</sup>, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Igual abertura também se propicia para a criminalidade. Fez-se espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnica, econômica e financeira, espreado planetariamente, que demonstra a redução (crise) do Estado<sup>221</sup> e institui instrumentos de governança global. Contudo, o transnacionalismo simbolizado na constelação pós-nacional de Jürgen Habermas, não se restringe às fileiras de uma operação internacional arquitetada plenamente pela autonomia da vontade, inclusive na possibilidade de se escolher uma regra de direito, como pensou no início Philip Jessup<sup>222</sup>.

Assim, como demonstrativo da ampliação desta constelação pós-nacional institucional, há que se ilustrar com a pesquisa conduzida por Márcio Ricardo Staffen<sup>223</sup>, para quem entre 1980 e 1990, a caracterização da concepção habitual de governo é transladada para a acepção governança (*governance*), a partir dos

---

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

221 Importante a consideração de Sabino Cassese: “*Infine, il transnazionalismo dell’ordine giuridico globale suggerisce cautela nel parlare di crisi dello Stato e di fuga verso il livello globale, perchè la dinamica del sistema amministrativo globale è largamente dipendente dallo Stato o da suoi frammenti.*” (CASSESE, 2006, p. 12-13). Na tradução: “Finalmente, o transnacionalismo da ordem jurídica global sugere cautela ao falar da crise do Estado e da fuga para o nível global, porque a dinâmica do sistema administrativo global depende em grande medida do Estado ou de seus fragmentos.”

222 JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

223 STAFFEN, **Interfaces do direito global**, 2015.

postulados de Rosenau e Czempiel<sup>224</sup>, haja vista a combinação de instituições, políticas e iniciativas conjuntas com propósitos claros e definidos. Com isso, o problema de governar o mundo se funde em contextos que perpassam por alianças militares (OTAN); instituições intergovernamentais (ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins); organismos regionais (Conselho Europeu); agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa); ordenamentos quase políticos (União Europeia, Mercosul, UNASUL); *summit* (G-20, G-8, BRICS) e outras milhares de Organizações Não-Governamentais.

Além disso, essa nova consciência temporal explica o gênero “crise”, já que o presente moderno se vê confrontado pela provocação de resolver os problemas que provêm de um horizonte que se expande constantemente (no atual cenário em função da globalização dos mercados e novos agentes influenciadores das políticas mundiais), de possíveis futuros sempre antecipados de modo temerário.

### 2.3 NOVOS DIREITOS, NOVOS ATORES

Philip Jessup, já em 1956, abordou o tema, ao trazer a expressão “direito transnacional”<sup>225</sup>, referindo-se ao emaranhado de regras de cunho jurídico aplicáveis às relações sociais que comportam um elemento de “estranheidade”.<sup>226</sup>

Outrossim, adverte Philip Jessup que o termo “internacional” para se referir aos Estados e suas relações é bastante enganador, pois, não obstante passar a ideia de entrelaçamento entre Estados sugere, por outro lado, a preocupação apenas com as relações que se dão entre uma nação (ou Estado) com outras nações (ou Estados)<sup>227</sup>, quando se tem necessidade de uma reflexão para além das fronteiras, logo, numa dimensão transnacional.

---

224 ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government: order and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

225 JESSUP, 1965.

226 ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras entre globalização e pós-globalização**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 31.

227 JESSUP, *op. cit.*, p. 11.

O desafio de governar o mundo se funde em contextos que perpassam por alianças militares como a OTAN; instituições de cunho intergovernamental como a ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins; organismos regionais, a citar o Conselho Europeu; agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de língua portuguesa); ordenamentos quase políticos, como a União Europeia, o Mercosul, a UNASUL; *summit* (G-20, G-8, BRICS), entre outras milhares de ONG's, além de, já contabilizados, mais de 2.000 (dois mil) regimes reguladores, número que tende a se multiplicar.<sup>228</sup>

Assim, a expressão “atores transnacionais”, nessa pesquisa, é utilizada para fazer referência à instituições, especialmente empresas transnacionais, organizações não-governamentais (ONGs) e organizações intergovernamentais internacionais (OIs), que, em certa medida, têm assumido posturas que até então eram vistas e esperadas do Estado, além da eficiência demonstrada com respectivas competências, ainda que assumidas num plano informal.

Por conseguinte, na construção do direito, emergem outros atores.

As organizações não governamentais (ONGs) e demais categorias que incluem todas as entidades políticas, econômicas e comerciais, que operam de forma transnacional, ou seja, em um plano distinto do estatal, sem observar os limites impostos pelas fronteiras entre Estados, e cujos membros não são os governos ou seus representantes legais, mas sim os representantes dos interesses particulares e específicos que podem eventualmente coexistir com os interesses de determinados Estados, sendo identificados com atores transnacionais<sup>229</sup>.

Esses atores, que atuam na formação e transformação do fenômeno jurídico, têm caráter transnacional, ou seja, atuam para além das fronteiras nacionais, bem como são desvinculados da atividade estatal ligados por relações de afinidade de interesses, tais como política, comercial, ambiental etc.

Percebe-se, portanto, que a sociedade civil acaba por subjugar o Estado cuja institucionalização não dá mais cabo das transformações sociais desse século,

---

228 STAFFEN, *Interfaces do Direito Global*, 2015, p. 23 - 26.

229 WERNER, 2009, p. 48.

tendo em vista suas limitações pautadas, principalmente, num engessamento legislativo.

É neste contexto mundial de relações transnacionalizadas que emergem novos poderes e atores transnacionais até então desconhecidos, fazendo nascer o fenômeno da transnacionalidade, sobre o qual se vislumbra a oportunidade reflexiva e limitadora de fatores hegemônicos e funestos provocados pela globalização, que é o tratado a seguir.

Em preliminar, no que tange ao combate à criminalidade transnacional, importante destacar a emergência de organismos transnacionais de direito público, privado e híbrido que articulam ações de rastreamento, investigação, controle e combate às condutas delitivas e danosas.

### 2.3.1 As empresas transnacionais

As empresas transnacionais podem ser definidas como todas as corporações que operam econômica e comercialmente, com interesses comuns, em diversos países, segundo ordens jurídicas locais, influenciadas vinculativamente por comando de centro único dominante, de irradiação político-administrativa.<sup>230</sup>

Assim, produzindo impactos e reflexos impossíveis de serem ignorados, pois também estão posicionadas como centro de mando e decisão na sociedade, estão as empresas transnacionais<sup>231</sup>, senão vejamos.

Nos ensinamentos de Ianni, as empresas transnacionais, sem prejuízo de outras corporações e conglomerados intitulados como multinacionais, mundiais, globais ou planetários, são responsáveis pela formação, funcionamento e transformação do que se poderia chamar de *shopping center* global, espalhando-se por países e continentes, sendo que isso pode ser analisado como um enorme

---

230 STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998. p. 217.

231 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Título original: L'État post-moderne. p. 48.

caleidoscópico arsenal de mercadorias originárias de uma fábrica múltipla e monumental, organizada por alguns e dispersa por todo o mundo.<sup>232</sup>

Além disso, visando o lucro, as empresas transnacionais têm fracionado seu processo de produção e dirigem cada etapa para o local no qual mais vantagens são oferecidas, o que tem sido chamado de “teias globais”:

A possibilidade de desenvolver um produto em qualquer lugar, ou de produzir componentes e partes de um mesmo objeto em qualquer ponto do planeta, é fruto da nova economia de alto valor, cuja característica fundamental é a flexibilidade, e que está substituindo a antiga economia de escala, que ao produzir bens econômicos em série necessitava de um parque fixo, localizado em determinado lugar. São as chamadas teias globais, em que os produtos são combinações internacionais. Combinam-se serviços especializados de solução de problemas (pesquisa, desenvolvimento de produto e fabricação), de identificação de problemas (marketing, publicidade e assistência a clientes) e de promoção de vendas (financiamento, procura e contratação). O resultado disso é que um produto terá várias nacionalidades envolvidas, desde a sua concepção (ideia, projeto, maquete) até a sua roupagem para a venda ao potencial consumidor (embalagem, propaganda).<sup>233</sup>

O atual contexto mostra que existem cerca de duzentos países no mundo que mantêm frequentes e intensas relações entre si. Há aproximadamente cem mil empresas multinacionais que negociam de forma constante com governos e entre si, e no mínimo cinquenta mil organizações não governamentais transnacionais que trocam ideias sobre leis e tratados internacionais e intervêm em zonas de conflitos para prestar assistência a regimes e povos que estejam necessitados. Todos esses atores, frise-se, conquistaram autoridade – com o uso de dinheiro ou tecnologia – tudo para se tornarem influentes.<sup>234</sup>

Contudo, o ponto é que a partir de uma estratégia global, concedida em escala mundial, referidas empresas tendem a ignorar as fronteiras estatais e a

---

232 IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. p. 135.

233 BRIGAGÃO, Clóvis; RODRIGUES, Gilberto M. A. **Globalização a olho nu: o mundo conectado**. 2.ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004. p. 82.

234 KHANNA, Parag. **Como governar o mundo: um roteiro para o próximo renascimento**. Tradução de: Berilo Vargas. Intrínseca, 2011. p. 13.

construir dispositivos de regulação de suas relações mútuas, independente de intervenção estatal (autoregulação)<sup>235</sup> e, talvez por isso, Parag Khanna tenha razão ao afirmar que, no atual cenário global, “tecnologia e dinheiro, e não soberania, determinam quem tem autoridade e dá as ordens”.<sup>236</sup>

Um exemplo a ser citado e que representa hipótese de grande envergadura é o sistema de regulamentação e regulação da internet, tendo em vista que ela foi criada pelas forças armadas dos EUA e agora é completamente controlada por uma única empresa, a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), que faz registros de nomes de domínios e endereço de IP e é composta e financiada por entes privados, ou seja, exerce funções públicas que acabam atingindo todo o globo de forma indistinta.<sup>237</sup>

Mais uma vez os ensinamentos de Parag Khanna fazem sentido, pois explica o autor que não haverá um Leviatã universal, um parlamento global de toda a humanidade ou hegemonia americana. No lugar disso, o que nos espera é um mundo fraturado, fragmentado, ingovernável, multipolar e não polar.<sup>238</sup>

No entanto, pondera o autor, para quem está sentado numa das torres de vidro das Nações Unidas no *East Side* de Nova Iorque, o mundo talvez pareça bem arrumado. Há conselhos de segurança e direitos humanos, comissões de desenvolvimento social e construção da paz, uma divisão para mulheres, um programa para o meio ambiente, uma organização para cuidar da saúde global. Qualquer que seja o assunto que se pense, a ONU o cobre. Mas como pode uma organização que toma conta de países com fronteiras resolver os problemas em um mundo sem fronteiras? A propósito, as pandemias são questões de saúde, questões de segurança ou as duas coisas? O terrorismo se trata de uma questão política, de cunho econômico, ou os dois? E o que dizer acerca da infestação de insetos que destrói a produção agrícola em enormes altitudes por causa do aquecimento global – quem deveria estar cuidando disso, a ONU para a Agricultura e Alimentação (FAO) ou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)? Ou o

---

235 CHEVALLIER, 2009, p. 48-49.

236 KHANNA, 2011, p. 13.

237 *Id Ibid.*, p. 15.

238 *Id. Ibid.*

governo?<sup>239</sup>

Pois bem, aqui talvez esteja sendo feita a anotação mais importante para esta seção, qual seja, muitas medidas de entes privados, em especial empresas, têm surtido mais efeitos para a população do que as advindas dos governos e de alguns órgãos de proteção internacional clássicos.

Isso porque, mesmo que ainda tenham registros de expedientes atentatórios à sociedade e seus direitos mínimos por atores particulares, na maioria das oportunidades com adesão dos Estados, não se pode negar o amadurecimento de novos agentes em confrontação com as fontes tradicionais de violação. Como comprovação citem-se os compromissos dos Estados exportadores de commodities, impostos por atores globais, com a redução de seus riscos alimentares internos, sob pena de não-comercialização de seus produtos; a atuação do *World Business Council for Sustainable Development* perante governos, organizações internacionais e organizações não-governamentais para promoção de políticas de desenvolvimento sustentável ou; no caso do genocídio em Ruanda, quando houve intervenção efetiva de empresa atuante no ramo de rede de hotéis, responsável pela salvação de mais de 1.200 (um mil e duzentos) *tutsis* e *hutus*<sup>240</sup>, abrigo-os no hotel.<sup>241</sup>

Assim, Philip Kotler e Nancy Lee dissertam no sentido de que as grandes corporações globais estão aqui para ficar porque o mundo precisa delas. Apesar de sua parcela de transgressões, elas têm muitos pontos positivos, uma vez que os investimentos do setor privado em causas humanitárias, em inúmeros casos é superior ao investimento dos Estados (que existem para, entre outras coisas, proporcionar bem-estar e assegurar uma vida digna à população).<sup>242</sup>

Em termos de apoio direto para a redução da pobreza, sabe-se que muitas corporações são filantrópicas. Algumas criam sua própria fundação que assume projetos de alívio da pobreza, como a Fundação Coca-Cola. Outras contribuem com regularidade para uma ONG dedicada a ajudar os pobres,

---

239 *Id. Ibid.*, p. 18.

240 Distinguem-se em Ruanda os dois maiores grupos étnicos do país: a maioria *hutu* e o grupo minoritário, *tutsi*.

241 KHANNA, 2011. p. 18.

242 KOTLER, Philip; LEE, Nancy R. **Marketing contra a pobreza**: as ferramentas da mudança social para formuladores de políticas, empreendedores, ONGS, empresas e governos. Tradução de: Sônia Augusto. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 280.

como as 118 grandes empresas nas Filipinas que formaram e apoiaram a Philippine Business for Social Progress (PBSP).<sup>243</sup>

Outro exemplo dessa natureza é a *Global Business Coalition* que se trata de uma aliança de cerca de 170 (cento e oitenta) corporações internacionais que se comprometeram a combater a epidemia de AIDS por meio do conhecimento especializado das empresas-membros em medicamentos e produtos anti-aids, em prestação de serviços e distribuição, em comunicação de massa e publicidade e em planejamento e implementação de gestão de programas. A ONU, inclusive, tem elogiado as empresas farmacêuticas que concordaram com um desconto substancial nos preços de remédios essenciais contra AIDS nos países africanos afetados.<sup>244</sup>

Nesse sentido é a atuação da Fundação Gates, pois Bill e Melinda Gates decidiram concentrar suas concessões em algumas áreas em vez de contribuir para todas as causas e já tendo desembolsado mais de US\$ 14,4 bilhões, concentraram-se em 05 (cinco) áreas principais: (1) reduzir as doenças que mais matam no mundo – AIDS, malária e tuberculose; (2) financiar vacinações e imunizações; (3) oferecer microfinanciamento para os pobres; (4) melhorar a produtividade agrícola por meio de uma revolução verde na África; e (5) melhorar o ensino médio público nos Estados Unidos.<sup>245</sup>

### **2.3.2 As organizações não-governamentais (ONGs)**

O monopólio de poder até então exercido pelo Estado, internamente ou fora do seu território, nos contornos internacionais, indubitavelmente está concorrido pelas organizações não governamentais (ONGs) que, em quantidade, aumentou significativamente nos últimos anos.

No entanto, como ensina Stelzer, isso não significa afirmar que se trata de um fenômeno recente. Uma das mais antigas ONGs surgiu no século XIX: a chamada Associação Internacional de combate ao Gafanhoto Peregrino. Ela foi de

---

243 *Id. Ibid.*, p. 281.

244 KOTLER, 2010. p. 282.

245 *Id. Ibid.*, p. 282.

vital importância para a sobrevivência humana nos países do norte da África, onde nuvens de gafanhoto cobrem o céu e destroem as plantações.<sup>246</sup>

Nos dias de hoje, assegurando a presença direta dos indivíduos sobre a cena internacional, essas organizações são parte integrante da construção da nova ordem internacional. Especialmente depois que se esboroa um dos pilares do padrão de poder que sobrecondicionava a desordem mundial até 1989 – a queda do muro de Berlim, seguida do colapso do regime do capitalismo de estado monopolista da URSS.<sup>247</sup>

Aliás, essa integração é de fácil percepção quando se verifica, por exemplo, que as ONGs: (1) esforçam-se para influenciar pelo ângulo externo negociações conduzidas pelos representantes dos Estados em diversas ordens; (2) influenciam nas tomadas de decisão dos grandes problemas internacionais, bem como na elaboração corretiva de normas do direito internacional, trate-se do meio ambiente (Rio 1992), dos direitos do homem (Viena, 1993), da população e do desenvolvimento (Cairo, 1994), do crime organizado (Nápoles, 1994), do desenvolvimento social (Copenhague, 1995), das mulheres (Pequim, 1995), do desenvolvimento sustentável (Johanesburgo, 2002, etc.),<sup>248</sup> sendo o Brasil o segundo país com maior número de ONGs, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América.<sup>249</sup>

Diante do exposto, fica fácil perceber que isso reflete a intensificação da permeabilidade das fronteiras nacionais, uma vez que ONGs dispersas conseguem criar e, com êxito, desenvolver agendas e objetivos comuns no plano internacional sem grandes dificuldades.<sup>250</sup>

---

246 MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Outros atores da sociedade internacional. *In*: STELZER, Joana (Org.). **Introdução às relações do comércio internacional**. Itajaí: Univali, 2007. p.88.

247 COSTA, Rogério Haesbaert da; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A nova desordem mundial**. São Paulo: Editora UNESP, 2006. p. 73.

248 CHEVALLIER, 2009, p. 51.

249 MACEDO, 2007, p.88.

250 VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999. p. 67.

Nesse sentido, Costa e Gonçalves compreendem que, “as Organizações Não Governamentais (ONGs) talvez sejam as entidades que melhor indicam o “caos sistêmico” ou a desordem sócio espacial fruto da tensão de territorialidade que nos atravessa, até porque em torno delas é que o fenômeno rede, fundamental no desordenamento do espaço contemporâneo, ganha sua maior legitimidade. Afinal, as ONGs não só contribuem para debilitar o Estado-nação como, ao mesmo tempo, colocam novos desafios aos movimentos sociais.”<sup>251</sup>

Ainda, cabe registrar a facilidade de encontrar diversas ONGs para incontáveis temáticas com os mais variados focos e com vasto campo de atuação e militância. Tanto é verdade, que elas vão desde movimentos sociais ou populares, com agendas de bandeiras do tipo ecológica, para a paz, antirracismo, antissexismo, até outras mais tradicionais voltadas à qualidade de vida como por exemplo: sobrevivência econômica, habitação, sustentabilidade da vida humana na Terra, bem estar social, educação, meio ambiente global e desarmamento nuclear.<sup>252</sup>

Isso justifica a anotação de Parag Khanna ao afirmar que nos 24 (vinte e quatro) países mais pobres da África subsaariana, a organização Médicos Sem Fronteiras trata milhões de jovens infectados pela Aids, enquanto alimenta crianças desnutridas e restitui a saúde de refugiados. Juntos, poderes relevantes e poderosos atores privados administram desesperançados países pós-coloniais em tudo, informalmente. A tensão agora está entre a construção da legitimidade pública e a necessidade de fornecer expeditamente segurança, alimento, eletricidade, saúde e educação – coisas que empresas e ONGs geralmente fazem melhor do que governos – deu origem a um novo tipo de Estado soberano híbrido, no qual o governo não é necessariamente o ator mais influente em seu próprio território. Mesmo após a crise financeira, ONGs, por exemplo, têm mergulhado mais fundo no bolso de cidadãos do mundo todo para levantar fundos e continuam a prosperar fornecendo redes de providência social mais rápidas, a custos mais baixos e de melhor qualidade do que muitos governos.<sup>253</sup>

Ao arremate, vale lembrar que o fato de não visarem lucro, não significa

---

251 COSTA, 2006, p. 69.

252 VIEIRA, 1999, p. 67.

253 KHANNA, 2011, p. 30-31.

dizer que as ONGs não possuem dinheiro para suas movimentações<sup>254</sup>, pois a mais estruturadas e de abrangência mais destacada, por exemplo, contam com milhões de contribuintes e orçamentos milionários capitalizados em dólares americanos. Aqui podem ser lembradas entidades como Greenpeace, Anistia Internacional, *World Wildlife Foundation* e Médico Sem Fronteiras.<sup>255</sup>

No que diz respeito ao tema dessa tese, é válido mencionar o propósito da Transparência Internacional, ONG que pode ser classificada como uma organização sem fins lucrativos. Empenha-se, principalmente, na pretensão global de combate à corrupção, estando presente em mais de 100 países, com sede na cidade de Berlim, na Alemanha. Atua, em especial, na produção de relatórios acerca dos níveis de corrupção de países e empresas. Os relatórios produzidos pela ONG encabeçam grande parte dos movimentos e medidas que concernem ao combate à corrupção, elaborados ao redor do mundo<sup>256</sup>. Influencia na aprovação de leis que visam a combater a corrupção em seus diferentes níveis. Ex: tipificação dos beneficiários das empresas *Offshores*, no Brasil já aprovada pela Câmara dos Deputados em Projeto de Lei, pendente de votação pelo Senado.

No mesmo sentido, a “*The Global Initiative Against Transnational Organized Crime*”, ONG criada no ano de 2011, por especialistas em diferentes áreas de atuação, como advogados, representantes de diferentes organizações e políticos, preocupados com o espraiamento da modalidade criminosa transnacional. Por acreditarem que as políticas estatais, e até mesmo as bilaterais, são insuficientes para garantir uma rede de segurança contra esses crimes, a ONG produz, através de diferentes eventos, relatórios e debates no intuito de criar uma rede cooperativa em nível global, envolvendo países, organizações e a sociedade civil. Atualmente, tem se destacado na denúncia do tráfico de pessoas na Líbia pós- revolução<sup>257</sup>.

Por sua vez, a “Aliança sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal”,

---

254 MACEDO, 2007, p. 88.

255 CARVALHO, Bernardo de Andrade. **A globalização em xeque**: incertezas para o século XXI. 2. ed. São Paulo: Atual, 2000. p. 47.

256 *International Transparency*. Disponível em: <https://www.transparency.org>. Acesso em 01 mar. 2017

257 *The Global Initiative Against Transnational Organized Crime*. Disponível em: [globalinitiative.net](http://globalinitiative.net). Acesso em 01 mar. 2017

representa centenas de organizações que trabalham em prol da prevenção ao crime organizado transnacional. A aliança foi formada no ano de 1972, buscando criar um lugar comum para as principais ONGs da época, no intuito de promover maior aproximação e ganhar voz junto à Organização das Nações Unidas. Procuram, em especial, fomentar a adequação dos Estados aos pressupostos e diretivas elaborados na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado, através da cooperação internacional<sup>258</sup>. Da mesma forma, defendem a revitalização dos sistemas criminais estatais, para que estes sejam capazes de dar resposta efetiva aos desafios que a criminalidade organizada transnacional passou a impor, particularmente a partir dos anos 1980.

Assim, referidos exemplos, que em hipótese alguma esgotam o tema, ilustram claramente a atuação intensa das ONGs, tanto controlando, quanto movimentando com seu poder de influência, as atividades dos Estados.

### **2.3.3 As Organizações Intergovernamentais Internacionais (OIs)**

Algumas Organizações Intergovernamentais a serem citadas, de plano são a própria Organização das Nações Unidas (ONU), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial ou Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), que formam os pilares de cunho institucional da economia internacional e as principais fontes de produção e legitimação dos regimes econômicos.<sup>259</sup>

As organizações internacionais, notadamente econômicas, que são o suporte dessa ordem, não aparecem mais apenas como um meio de cooperação entre Estados: por trás da tela estatal, veem-se perfilar poderosos e agressivos interesses econômicos, que procuram utilizar os Estados como instrumentos de ação para fazer prevalecer seus interesses.<sup>260</sup>

Salienta-se que todos eles têm sido capazes de induzir, bloquear ou

---

258 Aliança sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Disponível em: [www.ibiss-co.org.br](http://www.ibiss-co.org.br). Acesso em 01 mar. 2017

259 BRIGAGÃO *et al.*, 2004, p. 82.

260 CHEVALLIER, 2009, p. 49.

reorientar políticas econômicas nacionais, à medida que dispõem de legitimidade, recursos e capacidade para agir em todos os países membros, localizados em todos os continentes.<sup>261</sup>

Tanto é verdade que a Organização Mundial do Comércio (OMC), por exemplo, possui os seguintes principais objetivos: (1) criar uma organização supranacional, capaz de administrar e regulamentar o comércio internacional; (2) propiciar maior e melhor acesso aos mercados, de modo a evitar as restrições protecionistas às importações; (3) combater o comércio desleal nas exportações, evitando o crescimento artificial e desmedido de produtos não competitivos ou de mercadorias falsificadas; (4) permitir aos países intervenientes o prévio conhecimento das normas regulamentares que afetem suas atividades; (5) abarcar e disciplinar todas as transações internacionais, alcançando uma vasta gama de produtos, inclusive com regras específicas em relação à prestação de serviços; (6) estabelecer procedimentos na solução de conflitos capazes de garantir aos seus membros o reconhecimento dos direitos negociados e o cumprimento das obrigações assumidas; (7) ser, em suma, um organismo de vocação universal.<sup>262</sup>

No que tange ao Fundo Monetário Internacional (FMI), criado a partir da Conferência de Bretton Woods, realizada nos Estados Unidos em 1944, de forma semelhante, possui como principais atividades a (1) assessoria a governos e bancos centrais com base na análise das tendências econômicas mundiais e experiências de outros países; (2) investigação, elaboração de estatísticas, previsões e análises baseadas no monitoramento das economias globais, regionais e individuais, assim como seus respectivos mercados; (3) empréstimos para ajudar os países a superar dificuldades econômicas; (4) empréstimos preferenciais para ajudar a combater a pobreza nos países em desenvolvimento; (5) assistência técnica e treinamento para ajudar os países a melhorar a gestão das suas economias.<sup>263</sup>

Ademais, é preciso lembrar da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, como parte integrante da

---

261 IANNI, 1995, p. 130.

262 DÉNIZ, Pedro Talavera. **La Regulación del Comercio Internacional: del GATT a la OMC.** Barcelona: Universitat de Barcelona, 1995. p. 45,46. Tradução livre.

263 *International Monetary Fund.* Informações disponíveis em <<http://www.imf.org/external/about.htm>>. Tradução livre. Acesso em: 18 de jul. de 2016.

Sociedade das Nações, é a responsável por toda a criação e aplicação das normas internacionais do trabalho.

Nesse sentido, a título de ilustração, vale destacar o papel do Comitê da Basileia, criado por representantes dos bancos centrais do G-10, o grupo dos dez países mais industrializados, para discutir questões concernentes à gestão do sistema financeiro. À medida que a tecnologia foi permitindo um maior e mais rápido fluxo internacional de capitais, o sistema bancário de cada país passou a ter efeitos importantes fora de suas fronteiras. Nesse momento, a comunidade internacional percebeu que era necessário uniformizar o funcionamento dos bancos em todo o mundo. Quem tomou a frente dessa tarefa foi justamente o comitê. Em 1988, apresentou 25 princípios que formaram o Acordo de Capital da Basileia, estabelecendo uma metodologia de avaliação de risco de crédito buscando garantir a vitalidade do sistema<sup>264</sup>. No que diz respeito ao combate à criminalidade transnacional, o comitê atua fortemente na regulação dos diferentes tipos de transações bancárias no intuito de prevenir/impedir, principalmente, a lavagem de dinheiro. Cabe citar, ainda, que as diretrizes elaboradas pelo Órgão, por se tratarem de *soft law*, não possuem caráter vinculante. Por outro lado, em uma economia profundamente pautada pela globalização e por uma rede de diferentes atores, estatais e privados, tais diretrizes passam a ser amplamente adotadas por todo o globo, até mesmo em países que não possuem representação no comitê, com escopo, por parte dos Estados, de melhor se adequarem ao panorama mundial e, com isso, obterem maiores ganhos econômicos.

Noutro lado, a UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, baseia seu trabalho nas três convenções internacionais de controle de drogas, nas convenções contra o crime organizado transnacional e contra a corrupção e nos instrumentos internacionais contra o terrorismo. Dessas áreas, surgem temas como o controle das drogas e o combate ao crime organizado transnacional, ao tráfico de seres humanos, à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao terrorismo, além do desenvolvimento alternativo e prevenção ao HIV entre usuários de drogas e pessoas em privação de liberdade. É importante ressaltar que o Órgão atua juntamente dos Estados, promovendo boas práticas e soluções conjuntas entre

---

264 *Basel Committee on Banking Supervision* – BCBS. Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs>  
Acesso em 20 fev. 2017.

os diferentes países para o problema da criminalidade transnacional. Auxilia o Brasil no cumprimento das obrigações assumidas ao ratificar as Convenções da ONU sobre Controle de Drogas e os doze instrumentos multilaterais sobre o terrorismo<sup>265</sup>.

Por fim, há que se considerar que o advento e a emergência de novos poderes, produzidos por novos atores, fez espaços profícuos para a geração de novas fontes de produção e efetivação do Direito, com recorte especial para os sistemas penais, demonstrando um confinamento das prerrogativas estatais e internacionais.

---

265 UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/index.html?ref=menutop>. Acesso em 05 mar. 2017.

## CAPÍTULO 3

### O PROCESSO PENAL NO CENÁRIO TRANSNACIONAL

#### 3.1 OS LIMITES DO DIREITO NACIONAL E DO DIREITO INTERNACIONAL

A linde do Direito Interno é questão que se põe paralelamente aos princípios que articulam a ordem pública, essenciais, portanto, ao Estado. Nesse sentido, discorrer sobre os limites de um direito é falar também de questões que envolvem soberania, política e jurisdição.

Sabe-se que o processo penal, dentro do território nacional, é regido pelo Código de Processo Penal. Tal Decreto-lei estipulou o alcance de suas normas com base no princípio da territorialidade. O referido código ainda aduz que decorreu da necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal um código único, afastando, assim, particularidades presentes em códigos estatais.

Gize-se, no entanto, que o próprio Código aduz hipóteses de sua não aplicação dentro do território nacional, como é o caso dos tratados, convenções e regras de direito internacional. Em outras palavras, está a dizer que a jurisdição brasileira será afastada, mesmo dentro do território nacional, diante da aprovação do tratado por decreto legislativo e promulgação por decreto presidencial, de sorte que, para esses casos, o infrator será julgado em seu país de origem.

Vê-se, com tais permissões invasivas, que, embora paute-se pelo princípio da territorialidade, muito tem relação com a própria soberania. O Estado brasileiro anui que determinados casos possam ser abertamente tratados, de forma a se furtar da soberania territorial, permitindo que exceções possam dar guarida a entrada de outros Direitos estatais dentro do território nacional.

Ainda no tocante à questão da territorialidade, é salutar lembrar que o Brasil, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, previu, na Constituição Federal, art. 5º, § 4º, a submissão à jurisdição de Tribunal Penal Internacional (TPI), a cuja criação tenha manifestado adesão. Isso quer dizer que, por mais que um eventual delito seja cometido em território nacional, se a denúncia partir do tribunal Penal

Internacional, o infrator deverá ser entregue à jurisdição estrangeira. Portanto, eis mais um caso em que a própria Carta Republicana abdica de seu direito territorial em prol da adesão ao Tribunal Penal Internacional, no ano de 2002.

Outro instituto que fala sobre a questão da soberania estatal enquanto jurisdição é o da extraterritorialidade da lei penal, que prevê a possibilidade de aplicação da lei penal brasileira mesmo fora do território nacional. Trata-se de uma exceção aguda de soberania, dado o próprio exemplo clássico dessa possibilidade ser o de crime contra a vida ou contra a liberdade do Presidente da República.

Postos os principais pontos acerca da matéria que disciplina a territorialidade e extraterritorialidade na legislação brasileira, parte-se ao ponto de um cenário globalizante, em que o Direito Internacional é atuante e muitas vezes requisitado para dirimir celeumas entre nações, organismos públicos, privados e até mesmo pessoas. Nesse sentido, há que se pautar, assim como o supramencionado para o caso estadual, os elementos que identifiquem os limites do Direito e da jurisdição internacional.

Como visto, fazendo analogia ao caso brasileiro, vê-se que cada Estado tem seu próprio sistema regulador de aplicação da lei, seja ela nacional ou estrangeira. Isto posto, somado ao fato dos sistemas jurídicos se adequarem em relação ao tempo (conforme o exemplo visto da Emenda Constitucional n. 45/2004), traz à baila o próprio conceito de ordem pública local – elemento que não aduz apenas critérios soberanos, mas também de bons costumes – que visa a instituir sobretudo a organização governamental.

Repete-se a questão da soberania, ordem pública e bons costumes pela própria previsão que fez a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu art. 17, a qual estabeleceu tais institutos como norteadores da aceitabilidade de uma sentença estrangeira.

Quando se fala em jurisdição internacional, não persevera propor o conceito de jurisdição clássico, de matriz da escola normativista kelseniana<sup>266</sup>, pois sabe-se que em matéria de Direito Internacional tal conceito possui um significado mais amplo, determinado por diferentes fontes de Direito, que são amplamente

---

266 MIRANDA, 2011.

aceitas nessa ordem jurídica, que se regem sem preconceitos clássicos. Dizer-se-ia, nesse sentido, que no Direito Internacional estão superadas algumas questões clássicas do Direito estadual, como a aceitabilidade de diferentes formas de se produzir o Direito.

Ao passo em que as bases do Estado e do direito moderno são descalcificadas pelo transnacionalismo, também as cortes de justiça e a função dos juízes sofrem mutações. Primeiro, em virtude da adoção de novos métodos. Depois, pela instalação de órgãos julgadores com objetivos definidos e claros no âmbito de questões comerciais, financeiras, de propriedade intelectual, humanitárias, pós-guerras, ambientais e afins. Contribui, na mesma proporção a crise das tradicionais fontes do Direito, cada vez mais intercambiáveis. A circulação de modelos jurídicos, nesse sentido, produz um *transjudicialismo*<sup>267</sup>. Os novos julgadores converteram-se em *judicial-law making*, orbitando entre *soft* e *hard law*.<sup>268</sup>

Trazendo à baila a tese de Garapon e Allard neste momento, pode-se atribuir um novo perfil de juiz. Ao defenderem um “comércio entre juízes”, no sentido de constante e progressivo intercâmbio de experiências jurídicas, sustentam princípios específicos para que as decisões judiciais dos Estados não sejam mais utilizadas como regras, mas como efetivadoras de princípios a serem aplicados<sup>269</sup>. Tem-se, assim, não um estilo erudito e doutrinário que orientará esse comércio, pois as decisões de tribunais consultadas e utilizadas em arrazoados valem pela capacidade prática de efetivar princípios gerais, o que na esfera penal significa uma migração paulatina para a responsabilização objetiva de condutas delinquentes.

No momento em que o Estado age ao determinar suas disposições legais, ele está gerando uma autolimitação, que, preservados alguns casos específicos, concerne em limitar espacialmente sua abrangência. Efeito contrário ocorre no momento em que o Estado tenta exercer seu poder de criar normas em outra jurisdição, caso em que ocorre a heterolimitação por parte deste ente de Direito

---

267 LUPPI, André Luppi Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 123-138.

268 COTTERRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

269 ALLARD *et al.*, 2005.

Público Interno, circunstância que se dá no caso dos limites estatais se originarem de outro sistema, considerado, então, superior ao primeiro.

Entretanto, conforme prescreve Marcelo Varella, os novos tempos apresentam o dilema de se pensar o Direito além da dualidade nacional- internacional:

A internacionalização do direito é um processo de operacionalização comum do fenômeno jurídico por diferentes atores, em diferentes territórios. Revela efeitos importantes sobre o sistema jurídico contemporâneo, porque traz consigo a ideia de desterritorialização, construção do fenômeno jurídico de forma multidirecional e por diferentes atores.<sup>270</sup>

O fenômeno jurídico, nesse sentido, transcende a institucionalização estatal de modo a originar-se de outras fontes que geram um efeito de internacionalização, pois conceitos como autonomia e soberania carecem de seu significado original.

Como consequência, a junção desses novos fenômenos sociais, institucionais, jurídicos e estatais coloca o Direito Internacional em condição de debilidade. Primeiro, a centralidade de seus preceitos condicionada ao protagonismo dos Estados soberanos e às Organizações Internacionais é fragilizada pela recorrência de novos atores e novos direitos/preensões jurídicas. Depois, pela baixa capilaridade de acordos de cooperação em matéria penal, orientados pelo Direito Internacional. Há que se destacar que, em que pese o empenho da Organização das Nações Unidas, com seus 193 Estados-membros, para aprovar convenções e tratados sobre a criminalidade transnacional, ainda é tímida a ratificação e internalização nos ordenamentos jurídicos nacionais dos preceitos internacionais.

Adicione-se nesse contexto o fato de subsistir uma baixa articulação em sede de cooperação internacional (orientada pelo Direito Internacional) para fazer frente à produção probatória transnacional e à persecução penal. Estados criam mecanismos de cooperação internacional para algumas categorias de crime, no entanto, para o particular, vítima de ação criminosa cujo criminoso estiver em um

---

270 VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 385.

país que não seja integrante da ONU ou não possua tratado de cooperação, a produção de provas será inviável e o crime não será apurado.

### 3.2 ORDENAMENTO JURÍDICO, SISTEMAS E PLURALISMO NO TRANSNACIONALISMO

A visão da sociedade complexa deve absorver a perspectiva de coexistência de uma série de estruturas sociais de caráter variado e dependente, ainda que por eficiência organizacional. Nesse sentido, quando se fala em pluralismo jurídico (ou de fontes), está-se também a falar de um entendimento jurisdicional que coaduna com a realidade substancial das sociedades complexas<sup>271</sup>.

Dessa forma, independente de questões particulares de determinados grupos possuidores de identidades específicas, está-se a afirmar que no sentido da globalidade contemporânea estes estão inseridos em um mesmo contexto complexo. Na lição de Günther Teubner<sup>272</sup>, na dinâmica do Direito já não estão mais os anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos; mas, sobretudo, a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais. Logo, necessário se faz reconsiderar as relações existentes entre Direito e Estado, entre público e privado, entre os diferentes cenários jurídicos e as autoridades legais, sob pena da exaustão dos modelos, decorrente de fraturas infundáveis. Para fins desta, há que se repercutir tal advertência para o âmbito da criminalidade transnacional.

Afirma-se, pois, uma nova ordem mundial – multicêntrica –, e análoga ao seu sistema jurídico, visto este não mais possuir vetor determinado e vinculado para pautar questões que mudam na velocidade da sociedade de informações e produção do conhecimento difundidos em tempo real.

---

271 O termo é utilizado para explicar o mundo sob o ponto de vista da evolução e conteúdo que é permeado temporalmente por trocas. Tal conceito diferencia mundo natural e civilização, que se tornou complexa, muito pelo advento da informação, que hoje se faz de forma enérgica e eficaz.

272 TEUBNER, Günther *et alii*. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: University Oxford Press, 2004.

Eis, portanto, a Sociedade de Risco, tema que levou o sociólogo alemão Ulrich Beck<sup>273</sup> a desenvolver um paradigma que aduz a questão da contemporaneidade, ou, como o autor prefere chamar, apenas modernidade. Fato é que se tem uma analogia entre ruptura histórica do período feudal e industrial com a atualidade. A diferença, todavia, é que não há necessariamente uma ruptura da sociedade moderna para a de risco, o que há, no entanto, é a reconfiguração desse sistema, que passa pela transformação do momento industrial clássico, no qual a produção de riscos domina a lógica da produção de bens.

Assim, com o advento dessa nova concepção produtiva, os riscos tornam-se mais democráticos e globalizados, fator que expõe a lógica de uma repartição mais homogênea, e é justamente nesse sentido que se vislumbra o tema da sociedade de risco com a questão do pluralismo no transnacionalismo, visto a responsabilidade de atuação, independente do fator local, atingir (direta ou indiretamente) o contexto global, interferindo em seu intento principal, qual seja; econômico, e, portanto, imprescindível o fomento de medidas circunstanciais e necessárias que acalentem o postulado. Emergem dessa visão atitudes plurais, de caráter cooperativo, para a solução de celeumas.

Estamos presenciando o renascimento de um pluralismo jurídico. [...] Ao lado das normas de direito propriamente ditas, aquelas que se impõem em virtude de pactos ou de textos, existe toda uma normatividade que emana das concepções e das vivências dos sujeitos e dos grupos que pertencem a essas comunidades, e que transformam a paisagem da soberania nacional tradicional.<sup>274</sup>

Expõe-se, outrossim, a fraqueza que demonstra a noção de um Estado forte quando ligada à concepção globalizante, intermediada por diferentes atores e ligada em tempo real a um sistema econômico, político e social. De sorte que o pluralismo no transnacionalismo pauta-se por novas diretrizes, de caráter liberal, que exponham os aprendizados recíprocos e cooperativos de nações, organismos internacionais e privados.

---

273 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Tradução de: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

274 ARNAUD, 2007, p. 157.

Uma vez estabelecidos os riscos, estabelecem-se, simultaneamente, oportunidades – especialmente de mercado – que se baseiam no conhecimento científico como carro-chefe dessa nova forma de locupletamento, pois, na medida da produção, há o consumo. Destarte, a jurisdição deverá estar atenta a tais problemas comuns, buscando a solução a partir do aprendizado cooperativo entre as ordens jurídicas envolvidas, sejam elas referentes ao Direito estadual, sejam de Direito Internacional, independente de critérios exclusivistas de vinculação. Grife-se, no entanto, que não se está a criticar o princípio da territorialidade, visto ser essencial para a manutenção de ordens jurídicas locais, soberania e polícia. O que se expõe é o pluralismo jurídico como instituto essencial para o caminho percorrido pelas sociedades complexas, que encaram, de turbulências de mercados financeiros, à cooperação internacional em matéria penal.

Sabe-se que a concepção de pluralismo jurídico implica na aceitação de concepções jurídicas diferentes, embora admita-se que muitos aspectos estão presentes na quase totalidade de doutrinas existentes, como é o caso do reconhecimento das relações mútuas entre dois sistemas de normas, celebrada por Hans Kelsen:

A unidade de direito internacional e Direito estadual pode, no entanto, ser produzida de dois modos diferentes, do ponto de vista gnoseológico. E, quando consideramos ambos estes Direitos como ordenamentos de normas vinculantes simultaneamente válidas, não o poderemos fazer por qualquer outra forma que não seja abrangendo ambos, por uma forma ou por outra, em um sistema descritível em proposições jurídicas não contraditórias.

Dois complexos de normas do tipo dinâmico, como ordenamento jurídico estadual, podem formar um sistema unitário tal que um desses ordenamentos se apresente como subordinado ao outro, porque um contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, por conseguinte, este encontra naquele o seu fundamento de validade. A norma fundamental do ordenamento superior é, nesse caso, também o fundamento de validade do ordenamento jurídico inferior<sup>275</sup>.

Em outras palavras (e em ambos os casos), para Kelsen existe a possibilidade da feitura de outro conteúdo, não prescrito (hoje para além da

---

275 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 368-369.

positivação, como, por ex. o instituto da *soft law*<sup>276</sup>), que, por si só, é delegado. No entanto, sua desqualificação irá ser feita na medida em que sua verificação, sem prejuízo de sua validade, é tida como delituosa para o Direito internacional. Kelsen vai provar, num sentido mais filosófico, que entre o delito e o Direito não há contradição, visto que o segundo apenas estabelece a ligação entre as consequências específicas do ato e que, portanto, a elaboração de normas jurídicas que o coíbam é válida.

O que se quer dizer, afinal, é que, embora Kelsen estivesse limitado ao seu tempo, não o fez ao antever pressupostos essenciais para o estudo do Direito Internacional comparado ao Direito estadual, sendo congruente ao afirmar a inexistência de conflito entre essas ordens jurídicas, bem como ao entender o Direito Internacional como um ramo do Direito – é claro que pelo viés dos institutos da represália e da guerra, pois eram as ferramentas jurídicas que haviam na época – notando-se, conforme o supramencionado, a Convenção de Viena Sobre o Direito dos tratados e novas fontes admitidas para o Direito Internacional, que atualmente existem inúmeros outros exemplos que se poderia dar para a caracterização do Direito Internacional como uma ordem jurídica de força cogente, mas que atua diferentemente da tradicional estrutura de direito Estatal, fulcrada sob o manto kelseniano.

Nessa linha, ao debater os fundamentos do Direito Transnacional, Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero enfrentam de forma incidental o dilema sobre as fontes jurídicas na contemporaneidade, dizendo:

Esse novo paradigma jurídico permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (in primis aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições “tradicionais”. É a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre hard Law (Constituição, leis, etc.) e soft Law (antecedentes judiciários, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a

---

276 *Soft law* são normas internacionais não obrigatórias. Trata-se de comandos normativos internacionais que não são de observância obrigatória pelos Estados. A ideia central é de aproximação dos Estados para a criação de futuras normas. As resoluções da Assembleia Geral da ONU, complacentes com mutação do costume internacional, são exemplo da *soft law*.

retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribui a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos.<sup>277</sup>

Nesse quesito, parafraseando Márcio Ricardo Staffen, a primeira compreensão sobre o caráter hegemônico do transnacionalismo necessita ser melhorada para revisitar em Gramsci bases propositivas adequadas à extensão da categoria hegemonia. Em preliminar, importante ressaltar a discussão sobre o conceito político de hegemonia, sob o viés transnacional, para defesa da hegemonia e sua práxis com foco na possibilidade de articulação de lutas diametralmente opostas, que se estabelecem em flancos fragmentados, mas que necessitam de direcionamento<sup>278</sup>.

A essa institucionalidade, Günther Teubner<sup>279</sup> denomina um “novo pluralismo jurídico”, gerado independentemente do Estado, operando em várias esferas “informais” e que dá nova roupagem ao pluralismo jurídico.

*The new legal pluralism moves away from questions about the effect of law on society or even the effect of society on law toward conceptualizing a more complex and interactive relationship between official and unofficial forms of ordering. Instead of mutual influences between two separate entities, this perspective sees plural forms of ordering as participating in the same social field.*<sup>280</sup>

Em síntese, o advento de um processo de globalização jurídica, caudatária da globalização econômica, cultural, financeira e transfronteiriça, que por razões de poder e de geração de receitas, também transnacionalizou a

---

277 OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

278 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Hegemonia e direito transnacional?**. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 20, n. 3, p. 1166-1187, dez. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8394>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

279 TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direito, sociedade e policontextualidade**. Tradução de: Bruna Vieira de Vicenzi. Piracicaba (SP): Unimep, 2005, p. 81.

280 MERRY, Sally Engle. Legal pluralism. **Law & Society Review**, Beverly Hills, n. 22, p. 869-901, 1988, p. 873. Tradução livre: “O novo pluralismo jurídico afasta-se das questões sobre o efeito da lei na sociedade ou mesmo o efeito da sociedade sobre a lei para conceituar uma relação mais complexa e interativa entre formas de ordenamento oficial e não oficial. Em vez de influências mútuas entre duas entidades separadas, esta perspectiva vê formas plurais de ordem como participando do mesmo campo social.”

criminalidade, produz o desafio de coabitação de modelos jurídicos em circulação que não se orientem apenas pela *stufenbau* de Hans Kelsen, mas que sejam capazes de instituir um sistema jurídico plural, dinâmico e interrelacionado.

Nesse sentido, a produção normativa não se confina apenas aos aspectos particulares e territorialmente demarcados dos Estados nacionais e seus ordenamentos jurídicos relativamente herméticos. Os fenômenos associados com a transnacionalização e com a globalização jurídica demonstram a necessidade de se compreender os comportamentos jurídicos e sua normatividade como atividade em confluência, simbiose, harmonização, não podendo microssistemas normativos dela se furtarem.

### **3.3 DIREITO ESTATAL E AUTORREGULAÇÃO**

Os questionamentos abertos acerca das tradicionais fundações que garantiam a organização do Direito Estatal, sua ordem jurídica, e, sobretudo, sua soberania, são provenientes de profunda mudança nos paradigmas da governabilidade, aspecto que desenvolveu uma época de insegurança sobre o efeito globalizante, sociedades complexas e de risco em um período de incertezas, cujo fundador é o próprio homem.

No entanto, tal remodelagem dos aspectos políticos não significa, de maneira nenhuma, que tudo irá ser revigorado de forma anárquica. Apenas se está a dizer que novas proposições, despidas de constrações objetivas, sejam analisadas com base nos seus interesses, possibilidades e pontos de vista.

A resposta de Ulrich Beck para esse paradoxo da contemporaneidade (para ou autor, apenas “modernidade”) encontra-se em uma justa explicação:

Minha resposta é a seguinte: por meio de uma ampliação e da garantia jurídica de possibilidades específicas de controle da subpolítica. Tribunais fortes e independentes representam certamente condições de fundo decisivas, assim como uma esfera pública forte e independente, com tudo o que isso pressupõe. Estas são, por assim dizer, dois pilares de sustentação no sistema de controle subpolíticos recíprocos, mas que, sozinhos, como ensina o passado, não bastam. Um

passo complementar decisivo é necessário. As possibilidades de autocontrole, que todos monopolistas prezam, precisam ser complementadas por possibilidades de autocrítica. Quer dizer: aquilo que até agora só com muito esforço conseguiu abrir caminho em meio ao domínio das profissões ou do gerenciamento empresarial precisa ser institucionalmente assegurado: contralaudos, práxis profissional alternativa, discussões interprofissionais e interempresariais a respeito de riscos do próprio desenvolvimento, ceticismo reprimido. Nesse caso, Popper tem razão: crítica significa progresso.<sup>281</sup>

É possível afirmar que os riscos criados pela ação humana deixam de ter um caráter nacional, e é essa supranacionalidade globalizante de riscos – os quais envolvem as relações humanas em esfera global – que inaugurou o efeito de transnacionalização de riscos civilizacionais, dado o entendimento de responsabilização e adoção de medidas cooperativas para lidar com certas adversidades. Embora não esteja no escopo da temática, é a partir desse raciocínio que se pôde pautar, com elementos categóricos, políticas de desenvolvimento sustentável.

Voltando a transnacionalidade, na visão empresarial, a ótica sustentável passou, na medida do acima postulado, a enxergar os desafios da sustentabilidade como atração competitiva, de sorte que a antiga visão um modelo sustentável como bloqueio ao seu avanço foi rechaçada pelos ditames transnacionais, mesmo sem existir meio legal positivado para tanto e/ou, caso algum estivesse em estágio embrionário, compreende-se que não fôra por este que o modelo se implantou no mercado, sendo, pois, autorregulado.

Pois bem, Cotterrell fornece pertinente substrato:

*The term is taken here to cover two kinds of familiar phenomena. The first consists of emerging or newly expanded regulatory regimes with supranational scope or ambition: for example: international human rights, transnational regulation of the internet and of intellectual property, international criminal justice, international financial and trade law, international commercial arbitration and modern lex mercatoria, and WTO law. Increasingly, laws (and forms of regulation that some observers call law and some do not) reach across state boundaries - but often not in the manner of traditional*

---

281 BECK Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 339-340.

*international law linking states as subjects. Sometimes transnational law bypasses state authorities, or uses them as conduits for regulation created and interpreted primarily by agencies other than state authorities. Sometimes it is created "unofficially" in professional practice or as collective self-regulation. Then, more "official" law has to decide how to deal with it. Often transnational law is intended to affect individuals, organizations or groups directly. So "transnational" refers to a reaching across nation-state borders. The second, no less important, aspect of legal transnationalism is the influence exerted directly on the regulatory policies and practices of nations states by economic, cultural and political pressures taking shape outside their borders, and to that extent beyond their control.*<sup>282</sup>

Sobre esse aspecto, urge fixar uma nova forma de se entender o fenômeno jurídico influenciado pela globalização<sup>283</sup>. Pensar o Direito, para Romano, é pensar em sociedade e em organização; logo, o Direito, antes de se constituir em normas jurídicas ou de referir-se a simples relações sociais, “[...] é organização, estrutura, posição da mesma sociedade em que se realiza e se constitui como

---

282 COTTERRELL, Roger. The growth of legal transnationalism. In: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm. **Law and intersystemic communication: understanding ‘structural coupling’**. New York: Routledge, 2013, p. 31-64, p. 31. Tradução livre: “O termo é usado aqui para cobrir dois tipos de fenômenos familiares. O primeiro consiste em regimes regulatórios emergentes ou recém-ampliados com alcance ou ambição supranacional: por exemplo: direitos humanos internacionais, regulação transnacional da internet e de propriedade intelectual, justiça penal internacional, direito internacional financeiro e comercial, arbitragem comercial internacional e *lex mercatoria* moderna e a lei da OMC. Cada vez mais, as leis (e as formas de regulamentação que alguns observadores chamam de lei e outros não) alcançam fronteiras estaduais - mas muitas vezes não do modo das leis internacionais tradicionais, que ligam estados como assuntos. Às vezes, a lei transnacional ultrapassa as autoridades estaduais ou usa-as como condutas para a regulamentação criada e interpretada principalmente por agências diferentes das autoridades estaduais. Às vezes, é criado "não oficialmente" na prática profissional ou como auto-regulação coletiva. Então, leis mais "oficiais" devem decidir como lidar com isso. Muitas vezes, a lei transnacional destina-se à afetar indivíduos, organizações ou grupos diretamente. Então, "transnacional" refere-se a um alcance entre fronteiras do país-estado. O segundo, não menos importante, aspecto do transnacionalismo legal é a influência exercida diretamente sobre as políticas e práticas regulatórias dos estados das nações por pressões econômicas, culturais e políticas que se moldam fora de suas fronteiras e, nessa medida, além do controle deles.”

283 “O direito global (não: ‘inter-nacional!’), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. Não se trata, como muitos supõem, de um direito atrasado no seu desenvolvimento, apresentando ainda, em comparação com o direito nacional, determinados déficits estruturais. Muito pelo contrário, esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais”. TEUBNER, Ghunter. A Bukowina Global: sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba (SP), v. 14, n. 33, 2003, p. 9-31, p. 11.

unidade, como entidade por si só. O Direito é, nessa medida, uma expressão de sociedade organizada”.<sup>284</sup>

Sendo assim, o conceito que nos parece necessário e suficiente para fornecer em termos exatos aquele de direito enquanto ordenamento jurídico tomado no seu todo e unitariamente, é o conceito de instituição. Todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico.<sup>285</sup>

Dada a capacidade jurisdicional de regulação, volta-se à sociedade de risco e ao fator da autorregulação, em que o ambiente público e político ultrapassam o espaço público, introduzindo-se na relação de abordagem de gerenciamentos mercantis, conforme aduz Nohara:

A sociedade de risco provoca uma reação de autorregulação que representa um adiantamento da empresa às consequências da regulação estatal, uma vez que no marco econômico da ordem capitalista, empresas mais atualizadas são aquelas que se apresentam à sociedade como precoces em relação aos riscos que suas atividades provocam e que procuram, com isso, construir uma imagem mais legítima, a qual não deixa de representar uma vantagem competitiva em relação às demais<sup>286</sup>.

Nesse sentido, tem-se por inegável ao postulado da autorregulação o paralelo com acertos econômicos, que faz deste instituto o precursor do fenômeno autorregulatório, que, ao que tudo indica, poderá nortear outros ramos do Direito, visto o efeito globalizante corromper aspectos tradicionais de Direito, porque falhos à movimentação global acelerada.

Isto posto, a compreensão da autorregulação nos faz entender a remessa do Direito interno para o Direito Internacional, dado que o último possui a inteligência de adoção de diversas fontes do Direito para a solução de conflitos, sejam elas estipuladas em tratados, sejam apenas aceitas como fontes através dos anos, como é o caso dos atos unilaterais de Estados, que, apesar de não estarem previstos no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, são modernamente aceitos como fonte

---

284 ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 78.

285 *Id. Ibid.*

286 NOHARA, Irene Patrícia. **Risco e sustentabilidade da empresa: regulação estatal e autorregulação empresarial**. Enfoque Jurídico, São Paulo, mar. 2010. p. 6.

extraconvencional de expressão do Direito Internacional. O evento globalizante não deixa o legislador antever celeumas que se instauram e se diluem em tempo recorde, por esse motivo que, na teoria das fontes, a doutrina tem mais peso para o Direito Internacional do que para o Direito interno, visto o conteúdo político das normas do Direito das gentes e, em vista dos problemas atuais, das normas de Direito das empresas e organizações privadas.

Nesse sentido, um sistema autopoietico, como o próprio nome leciona, é aquele que se faz (ou desfaz) automaticamente, de forma que a ligação dos vínculos humanos e não-humanos está intimamente conectada e não se restringe às ciências biológicas, pois engloba o todo de maneira filosoficamente plena. Dessarte, pode-se falar em sustentabilidade, vida, mente, sociedade e Direito usando-se da teoria autopoietica. Parte, para a realização deste intento, de uma perspectiva funcionalista, afirmando que apenas a garantia institucional é que é afirmada pela fixação do conteúdo essencial, já que este não tem o condão de proteger os indivíduos.

O indivíduo é um participante da sociedade e daí provém sua proteção, não em função da sua capacidade como pessoa, mas sim em prol da capacidade da organização do sistema social econômico. É dessa forma que se poderá ter a síntese de sua tese, que alega a função Constitucional tutelar apenas funções e não valores. Em suma, o único papel garantido à tutela individual reside em sua função de participante do sistema comunicativo que é a sociedade<sup>287</sup>.

### 3.4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Do vocábulo “sistema” aufere-se a ideia de correlação mútua de institutos, que, aplicados ao Direito, inferem-se normativos. Assim, tem-se por sistemas processuais penais um conjunto de mecanismos que detêm paradigmas a serem criteriosamente escolhidos para o caminho trilhado pela política criminal.

---

287 LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de: Maria da Conceição Côrte-Real. Revisão: Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 119.

Para tanto, valendo-se da construção de Eugenio Raul Zaffaroni *et al.*, antes de se adentrar na temática processual, a expressão Sistema Penal, manejada para os desideratos desta, guarda conexão ao conjunto de agências políticas, governamentais, executivas, de comunicação social, de reprodução ideológica e internacionais, que interagem na Criminalização Primária (atos legislativos, produzidos por agências políticas, isto é, a programação criminalizante) e na Criminalização Secundária<sup>288</sup>.

Em paralelo, em que pese o respeito devido ao cientista dos sistemas penais, faz-se necessário destacar que a ideia de sistema a ser utilizada nessa tese *lato sensu*, procura criar um *locus* para estudo e análise do fenômeno da persecução penal, não somente na estrutura judiciária brasileira, mas, principalmente, na interrelação deste com as demais normas jurídicas, seu campo de pertencimento e as zonas de exclusão normativa. Ressalte-se que não se mira aqui a vinculação exclusiva às bases da teoria sistêmica de Niklas Luhmann<sup>289</sup> pela sua conotação privativamente sociológica, uma vez que o problema e sua estrutura são multifacetados.

Nos dizeres de Mario Losano, é recorrente na tradição italiana a utilização da expressão sistema jurídico, sendo, porém, parcas as definições do significado e do significante. Para o autor italiano a definição de sistema (jurídico) guarda em seu bojo uma acepção técnica e uma acepção atécnica<sup>290</sup>. Em comum, a construção de um sistema totalizante, preocupado por princípios gerais, formadores de um conjunto mais genérico e destinado à exclusão de incompatibilidade das normas.<sup>291</sup>

---

288 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 43- 66.

289 LUHMANN, 1980.

290 “a) a **técnica** (válida para todas as ciências), indicando a estrutura do objeto estudado (*‘sistema interno’*, isto é, uma ordem estruturada, organizada que existe na implicitude, no interior do objeto estudado), tendo assim a estrutura como *terminus a quo* ou um conjunto ordenado de estudos e conhecimentos científicos, sobre determinado objeto do conhecimento, sendo-lhe externo, por isso chamado de *‘sistema externo’* que tem a sua estrutura como *terminus ad quem* (logo, são duas acepções de ‘sistema’, dentro da acepção técnica de ‘sistema’); e b) a **atécnica**, como um conjunto de partes reunidas por um elemento que as unifica, formando um todo, como, por exemplo, o ‘sistema jurídico’ (conjunto de normas jurídicas = ordenamento jurídico)”. (LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura do direito**. v. I. Tradução de: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. XIX).

291 *Id. Ibid.*, p. 217-218.

Logo, percebe-se no Direito pátrio três microsistemas processuais penais existentes, sendo eles: 1. Sistema Inquisitório ou Inquisidor; 2. Sistema Acusatório e 3. Sistema Misto, Reformado, Napoleônico ou Acusatório Formal. Esses modelos serão devidamente pontuados de maneira diligente para que se possa auferir o Sistema adotado pela legislação brasileira, bem como aduzir Sistemas adotados em um passado não tão distante, para a justa compreensão de como se harmoniza um Sistema com a política de Estado, embora a reconhecida debilidade do Estado e com ela a fragilidade dos enfrentamentos de ordem criminal.

Em comum, ambos os sistemas guardam em seu bojo a propensão à reprodução da violência de maiores condutas lesivas, com a corrupção institucional, com a concentração do poder (não necessariamente sobre o campo do interesse público secundário), com a verticalização social e a destruição das relações comunitárias, como pontual Eugenio Zaffaroni<sup>292</sup>. Por sua vez, o advento das promessas da globalização, insere nos sistemas penais vigentes a equiparação do indivíduo à condição de mero consumidor, consumidor que deseja gozar globalmente e; que se não tiver condições para tanto precisa ser banido.

A ideia de postar um método de integração de proposições normativas é oriunda da tentativa histórica de pacificação social, visto que para diferentes épocas e lugares foram elaboradas diferentes doutrinas para que o legislador pudesse aplicar o Direito conforme a demanda local e temporal. Dessa forma, problemas penais e processuais penais eram (e são) resolvidos conforme uma série de constatações aplicadas ao cotidiano social, onde deverão ser obedecidas determinadas regras, tanto pelo cidadão como pelo Estado, sobretudo após o advento do neoconstitucionalismo, que instituiu amplo estudo sobre a supremacia absoluta de normas constitucionais, em especial atenção à defesa de um processo hermenêutico, cuja aplicação garanta profusa interpretação com o devido processo reflexivo<sup>293</sup>.

292 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Crime Organizado: uma categoria frustrada. *In*: \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2010.

293 “A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja pre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada

Nesses termos, colhe-se da síntese produzida a conclusão preliminar que demonstra a impossibilidade de incidência plena de tais mecanismos de persecução penal em sede de investigação, acusação e condenação (quando o caso) de condutas delitivas transnacionalizadas, haja vista as amarras existentes aos institutos e instituições de dependência a entes nacionais e com culturas jurídicas incapazes de darem respostas plenas aos dilemas da pós-Modernidade líquida<sup>294</sup>.

Sobre essa perspectiva, a tradicional hierarquia das fontes do Direito vem constantemente sendo relativizada a todos os níveis e, acompanhada da dificuldade de integrações entre ordenamentos jurídicos estatais e supraestatais no esquema clássico do direito internacional<sup>295</sup>.

Para tanto, ao aceitar a tese de Allard e Garapon, para quem: “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.”<sup>296</sup> e articulando as repercussões desta constatação no campo do Direito e do Processo Penal, bem como da Criminologia, pode-se pactuar para a necessidade do (re)estabelecimento de um novo sentido e função do Direito e do Processo Penal no Estado Democrático de Direito<sup>297</sup>, especialmente após a consolidação da globalização e da sociedade em rede<sup>298</sup>.

Nesse contexto, importa ressaltar que a discussão sobre sistemas de processo penal já não se exaure na fixação de parâmetros inquisitoriais, acusatoriais e mistos. Para tal debate e com propósitos de superação, há que se inserir luzes advindas da formação do Estado nacional e, com ele do Estado de Direito, para, ao final e ao cabo, entender os comportamentos nos modelos processuais com a dinâmica do transnacionalismo. Se recordadas as lições de Luigi Ferrajoli, o modelo inquisitorial não encontra albergue no seio do Estado de Direito e, em suas

---

do ordenamento jurídico.” (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC n. 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016).

294 BECK, 1999.

295 PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali e società di mercato**. Lima: EGACAL, 2015. p. 159.

296 ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **OS juízes na mundialização**. p. 07.

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

298 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

manifestações mais particulares, salvo na forma nazifascista. Ainda que se mantenham determinados procedimentos, não há vigência nem validade.<sup>299</sup>

Há um movimento de tensionamento entre o Direito proveniente da matriz romana continental e o Direito consuetudinário bretão. Os institutos próprios de cada um dos sistemas acabam sendo intercambiados sem a devida filtragem democrática-constitucional, isto é, as novidades legislativas, como se verá, são implementadas em tradições filosóficas distintas ou, por assimilações jurisdicionais decisionistas, daí a perplexidade de muitas das alterações legislativas recentes, conforme aponta Alexandre Morais da Rosa<sup>300</sup>.

Não se trata de reconhecer que a tradição Continental é melhor ou pior, dado que esta discussão é inoperante. O que importa é que as tradições implicam em práticas e modos de pensar diferenciados. Enquanto no modelo Continental a formalidade acaba sendo uma garantia, diante de uma compreensão diferenciada de processo como procedimento em contraditório, no modelo Anglo-Saxão se reconhece uma função coletiva, vinculada ao interesse público. Dito de outra forma, o processo possui um interesse coletivo que sobreleva a tradição de garantias individuais, não obstante não se confunda com processos autoritários. O que se altera, no contexto anglo-saxão, é que a noção de processo é coletivizada e não individualizada. Assim a eventual punição do agente ocupa lugares diversos na tradição, especialmente em face das ditas finalidades da pena<sup>301</sup>.

Em complemento, importante consignar que plúrimas reformas recentes no ordenamento processual penal brasileiro se construíram pela importação de tradições jurídicas, inserindo, institutos estranhos ao Direito Continental. Esse comércio, como chamou Garapon<sup>302</sup>, de institutos, todavia, não acontece sem o estabelecimento de uma tensão decorrente da diferença de tradições institucionais, isto é, de uma matriz causa-efeito, parte-se, sem muita aproximação, para um

---

299 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de: Luiz Flávio Gomes *et al.* São Paulo: RT, 2002.

300 MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito intercambiável e globalização: o caso do processo penal emergente. *In*: STAFFEN, Márcio Ricardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica**. Itajaí, UNIVALI, 2013. p. 13.

301 *Id. Ibid.*

302 ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine, 2006.

panorama pragmático, no qual a otimização de resultados passa a ser o busílis do sistema.

Nesta perspectiva de diálogo entre tradições diversas é que surgem possíveis justificações teóricas para, dentre outras reformas<sup>303</sup>, a (i) sumarização e aceleração<sup>304</sup> de procedimentos; (ii) mitigação da obrigatoriedade da ação penal; (iii) possibilidade de negociação monetária (conciliação) e inclusão equivocada da vítima no processo penal<sup>305</sup>; (iv) suspensão condicional do processo; (v) aplicação de discursos consequencialistas no campo do direito e processo penal; (vi) discussão sobre os custos do processo e da pena; (vii) restrição recursal e (viii) colaboração premiada<sup>306</sup>. Nesse sentido, Tomas Villasante<sup>307</sup> sugere que a “internalização” do Poder Público da modernidade provavelmente cederá passo ao processo para sua transnacionalização.

Em complemento, nos dizeres de Jacopo Paffarini:

*Lo stato di “frammentazione normativa” dello spazio giuridico globale dunque, è il prodotto di un assetto costituzionale debole, dovuto alla mancanza di organi politici corrispondenti ad un parlamento e ad un esecutivo. Le istituzioni giudiziarie hanno fatto, pertanto, un uso crescente dei criteri “orizzontali” di organizzazione delle fonti normative, in particolare il criterio di competenza, a discapito del tradizionale criterio “verticale” di gerarchia che dominava nel sistema del diritto statale fino al secolo scorso. I sistemi giuridici sovranazionali, d’altronde, non si sarebbero mai potuti intregare “come progetto generale e sistematico”, in quanto ciò avrebbe portato ad inevitabili resistenze da parte degli Stati. In questo modo, la limitazione delle competenze normative degli ordinamenti globali ad alcune materie specifiche ha permesso di superare sin dall’inizio la*

---

303 BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008; GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

304 VIRILIO, Paul. **El cibermundo**, la política de lo peor. Tradução de: Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999; **El procedimiento silencio**. Tradução de: Jorge Fondebrides. Buenos Aires: Paidós, 2005; **Ciudad pánico**: el afuera comienza aquí. Tradução de: Iair Kon. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2006; **La bomba informática**. Tradução de: Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999; **Velocidad y Política**. Tradução de: Víctor Goldstein. Buenos Aires: La Marca, 2006.

305 BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

306 MORAIS DA ROSA, 2013.

307 VILLASANTE, Tomas. **Las Democracias Participativas**. Madrid: HOAC, 2003. p. 63.

*barriera dalla sovranità statale, garantendo il recepimento dei modelli giuridici elaborati dai primi.*<sup>308</sup>

Portanto, o Direito e o Processo Penal herdados da Modernidade encontram-se, pois, em crise. Uma crise que promove um sincretismo entre poder, autoridade e sistemas de processo penal sob o signo da globalização e do transnacionalismo, em cotejo com a teoria de Saskia Sassen<sup>309</sup>. Uma tensão que não se resume aos movimentos de importação e circulação de modelos e sistemas jurídicos, mas, sim, na tratativa que deve existir entre a tutela de bens jurídicos sociais relevantes, a culpabilidade do sujeito e a individualização de suas condutas como objetivo da persecução penal. As categorias e os traços específicos de cada campo do saber antes tidos como universais e perenes urgem, agora, de acomodações em face do sistema cultural em que são aplicados, nesses dois estratos cada vez mais conectados e fluídos.

Empiricamente, ilustra esse cenário de inconformidade normativa, transnacionalismo e sistemas processuais o Decreto 9.630/2018, que dispõe sobre pedidos de cooperação jurídica internacional. Ao disciplinar que os pedidos de cooperação jurídica internacional (Carta Rogatória e Auxílio Direto) serão recebidos exclusivamente de Autoridades Públicas (Juízes, membros dos Ministérios Públicos, Delegados de Polícia, Defensores Públicos) e visando cumprir atos de comunicação processual (citações, intimações e notificações), atos de investigação ou instrução (oitivas, obtenção de documentos, quebra de sigilo bancário, quebra de sigilo telemático, etc) ou medidas constritivas de ativos, como bloqueio de bens ou valores no exterior, repete equívocos clássicos.

Primeiramente, não propicia abertura para um modelo constitucional de processo, isto é, acusatorial de cunho garantista, ao excluir da competência para

---

308 PAFFARINI, 2015, p. 178. Tradução livre: "O estado de "fragmentação normativa" do espaço legal global é, portanto, o produto de uma fraca ordem constitucional, devido à falta de órgãos políticos correspondentes a um parlamento e um executivo. As instituições judiciais, portanto, usaram cada vez mais os critérios "horizontais" de organização das fontes normativas, em particular o critério de jurisdição, em detrimento do critério de hierarquia "vertical" tradicional que dominou o sistema de lei estadual até o século passado. Os sistemas jurídicos supranacionais, no final, nunca poderiam ser postos em prática "como um projeto geral e sistemático", pois isso levaria a uma inevitável resistência por parte dos Estados. Desta forma, a limitação das competências normativas dos sistemas jurídicos globais a alguns assuntos específicos permitiu superar desde o início a barreira da soberania do Estado, garantindo a transposição dos modelos jurídicos elaborados pelo primeiro."

309 SASSEN, 2015.

pedidos de cooperação às partes e seus defensores privados, constituindo espaço para cerceamento de defesa e ilegalidade à luz do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Agrava-se essa situação quando o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional/Secretaria Nacional de Justiça avoca para si a responsabilidade de “ponto de contato de diversas redes de cooperação internacional – IberRed, Groove, RRAG – que proporcionam o contato ainda mais direto e célere entre autoridades, a fim de solucionar problemáticas encontradas no momento da execução das diligências, estabelecer estratégias conjuntas de atuação, estabelecer entendimentos conjuntos e dialogar sobre mudanças de procedimentos”. Nesse sentido, o que se diagnostica é a clara retenção de competência com intuito inquisitorial declarado, pautando os atos em curso segundo a lógica da formação da culpa e obstacularização do contraditório e ampla defesa.

Depois, tal Decreto é leniente com a questão da fragmentação dos atos processuais e relapso para com as nulidades processuais. Há que se discutir além do empoderamento de novos atores, também a legitimidade dos atores estrangeiros para a produção de atos que produzirão efeitos em território nacional. Não se pode confundir cooperação internacional com a mera e simplista prática de homologação de atos estrangeiros irrefletidamente.

Em que pese as distinções, no contexto brasileiro, essa crise de modelos processuais de longa data e sua relação com tensões transnacionais pode ser sentida, inclusive, nas recentes inovações legislativas processuais. Usando como referência o Código de Processo Civil, há destinação própria para o tema do diálogo entre cortes e sincronização de atos procedimentais. Tal qual se defende aqui para a esfera processual penal, o modelo cível, enfrentou com relativo acerto ao abrir e regular mecanismos não-nacionais de compatibilização de atos procedimentais estrangeiros perante a jurisdição cível nacional.

### **3.5 CRIMINALIDADE TRANSNACIONALIZADA**

O assunto relacionado às raízes institucionais da criminalidade, assim como seus custos e instrumentos de prevenção e contraste, possui muitos pontos

relevantes a serem elencados. Isso porque o assunto criminalidade organizada possui, sobretudo, raízes em instituições públicas e privadas, ou seja, dificilmente separa-se da criminalidade em escala transnacional.

O crime organizado transnacional é uma expressão relativamente nova, mesmo que por muito tempo tenha sido reduzida a sinônimo de crime organizado. Por outro lado, não se trata de um fenômeno, em si, novo, haja vista sua origem remota identificável no acalorado debate acerca do crime organizado, onde seu aspecto transnacional seria uma faceta utilizada para explicar o impacto da globalização sobre essas relações criminosas.

A criminalidade no plano transnacional envolve uma série de atores e condições que desembocam na capacidade de assim ser tipificada. Essa, por sua vez, envolve uma grande variedade de categorias de crime, tais como lavagem de dinheiro, roubo de obras de arte ou objetos culturais, roubo de propriedade intelectual, tráfico de armas, sequestro de aeronaves, pirataria marítima, tráfico de pessoas, comércio de órgãos, tráfico de drogas, tráfico de pessoas, infiltração ilegal de negócios, crimes cibernéticos, corrupção etc.

Existe um consenso de opiniões acerca da atuação desses novos organismos, de como evoluíram durante as décadas de 1980 e 1990, não mais ficando adstritos a determinados grupos étnicos ou regiões específicas do planeta. Pode-se salientar, como fatores propulsores dessa situação, os novos mercados, o aumento da demanda por bens e serviços ilícitos, tendo o aspecto transnacional a faceta utilizada para explicar o “efeito globalização” na criminalidade.

Seguindo, afirma-se que as abordagens fundadas apenas em critérios empíricos dificultam a mensuração do peso do crime organizado transnacional na agenda política internacional. Por isso, é importante definir o significado do termo “transnacional”. Podemos entender como transnacional aquilo que se realiza através das nações, por meio de movimentos: a) físicos de objetos incluindo populações humanas e b) de dinheiro e créditos.

Conforme descreve Gregg Barak:

*More precisely, the crimes of globalization refer to “those demonstrably harmful policies and practices of institutions and*

*entities that...by their very nature occur within a global context” (Rothe and Friedrichs 2015: 26). These crimes of globalization are empowered, in part, by the policies of neoliberalism and the actions of international financial institutions such as the World Bank and the International Monetary Fund and, in part, by the competitive needs of capital accumulation and global markets. As these four spheres of powerful interests and relations of capitalist reproduction interact in the commercial affairs of nations and multinational corporations, they often negatively affect the well being of both animal and human populations as well as the ecosystems and natural environments more generally, in which they all struggle to ultimately survive.<sup>310</sup>*

Se anteriormente as ações delitivas estavam circunscritas ao plano regional/nacional, o advento da globalização e sua expansão para modelo universal fez com que o crime se tornasse pauta de preocupação transnacional, bem como com que as condutas típicas não se limitassem aos regimes nacionais.

Mesmo sendo a globalização um fenômeno essencialmente econômico, em um primeiro momento seus efeitos podem ser sentidos e verificados nas mais diversas áreas. Exemplo disso é a dilatação dos diversos sistemas penais nacionais nos últimos anos face aos acontecimentos aglutinadores resultantes do estreitamento das relações entre as próprias nações e entre os agentes privados da sociedade civil.

Nessa esteira, torna-se clara a crise do princípio da territorialidade dos sistemas penais, o qual é lançado, cada vez mais, na direção da internacionalização das políticas criminais, ocasionando um redirecionamento nas estruturas repressivas e nas leis processuais dos diferentes países<sup>311</sup>. O tratamento prestado aos chamados crimes transnacionais à comercialização de produtos, como carros,

---

310 BARAK, Gregg. The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime. **Revista Brasileira de Direito**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 104-114, dez. 2015. Tradução livre: “Mais precisamente, os crimes da globalização referem-se a “essas políticas e práticas manifestamente nocivas de instituições e entidades que, pela própria natureza ocorrem em um contexto global” (Rothe e Friedrichs 2015: 26). Esses crimes de globalização estão, em parte, capacitados pelas políticas de neoliberalismo e ações de instituições financeiras internacionais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional e, em parte, pelas necessidades competitivas de acumulação de capital e mercados globais. À medida que estas quatro esferas de poderosos interesses e relações de reprodução capitalista interagem nos assuntos comerciais de nações e corporações multinacionais, muitas vezes afetam negativamente o bem-estar das populações animal e humana, bem como os ecossistemas e os ambientes naturais de forma mais geral, nos quais eles todos lutam para finalmente sobreviver.”

311 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A Globalização e as Atuais Orientações da Política Criminal. *In*: \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2010. p. 161-186.

eletrônicos e afins, na medida em que a expansão das estruturas criminalizantes se expandem quando confrontadas com movimentos que aceleram a “obsolescência” daquilo tido como “velho”, com ulterior apresentação do que é considerado “novo”, pondo este último como a única escolha plausível para o dito consumidor<sup>312</sup>.

Guilherme Cunha Werner aponta que o caráter transnacional se insere nos estudos das relações internacionais em três momentos distintos do debate acadêmico denominado transnacionalismo, os quais são identificados em fases: 1º) relações transnacionais: corresponde ao período entre os anos de 1970 e 1980, tendo como principal contribuição teórica o desafio à posição estadocêntrica nas relações internacionais vigentes até o momento; 2º) redes transnacionais de informação: corresponde ao período de 1990 à 2000, procurou compreender a proliferação dos atores não estatais na arena internacional, ao passo que as redes mundiais de comunicação se fortaleceram, fomentando a forte troca de ideias. Aqui as empresas transnacionais são o principal foco de pesquisa. 3º) Sociedade civil global: é a terceira onda de pesquisa do transnacionalismo, iniciada nos anos 2000 e presente até o momento. O período é pautado pela esfera das ideias, valores, instituições organizações, redes mundiais e indivíduos estarem distribuídos nas arenas familiares, estatais e de mercado, atuando além dos limites nacionais, políticos e econômicos<sup>313</sup>.

A análise do crime organizado serve de base para a compreensão e identificação do crime organizado transnacional, pois as alianças celebradas entre os diversos grupos criminosos se inserem no processo de globalização financeira, fazem uso de novas tecnologias e articulam-se na esfera transnacional. Trata-se de uma organização do crime globalizada, onde as grandes máfias celebram diversos acordos objetivando, em conjunto, ocupação de mercados e redução de custos, no intuito de estimular o mercado e desenvolver maior invulnerabilidade.

Não obstante, face à proliferação da criminalidade transnacional organizada, alguns órgão políticos de relevância mundial, ao longo do tempo, manifestaram-se sobre a situação, em especial, a ONU, a OEA e a UE.

---

312 SANTO, Davi do Espírito. Criminalidade organizada transnacional: a genealogia de um discurso de poder. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.

313 WERNER, 2009, p. 39.

Assim, diversos congressos realizados pelas Nações Unidas sobre prevenção do crime e o tratamento aos criminosos buscaram enfrentar os caracteres do fenômeno da transnacionalização da criminalidade. Tais encontros, doze ao todo, de forma evolutiva, consolidaram o que hoje concebemos como novos modos de atividade criminosa. Durante os congressos, condutas já conhecidas, como a pirataria e o tráfico de pessoas, somaram-se a novas realidades comportamentais, especialmente às atividades de grupos que passaram a rivalizar com o poder político de vários estados soberanos, tornando-se, automaticamente, um risco em escala mundial.

A anemia conceitual, favorece a ampliação das áreas imunizadas dentro dos sistemas penais. Passando a favorecer, portanto, os crimes de Estado ou rotinizados pelo Estado, as degradações ao meio ambiente e as violações dos direitos humanos de forma geral, assim como a destruição dos mercados econômicos. Todos não considerados crimes de ordem transnacional<sup>314</sup>. Ou, como pontua Gregg Barak:

*These global crimes are represented by violations of domestic, international, and humanitarian law and are not limited to a myriad of abuses and harms, including the contamination of natural resources, health complications, high rates of poverty, extreme inequalities, global dysnomie, predatory activities, toxic waste dumping, violations of sovereignty, assassinations and disappearances, forced evictions, thefts of homelands, recolonization, human trafficking, and the violations of workers, women, and children's rights. Let us now briefly discuss some examples of the globalization of crime and its lack of control from the Global South, followed by a more probing illustration from the Global North involving the first, "first world third world" nation and the vagaries of crime and crime control in one metropolitan downtown and urban area.<sup>315</sup>*

---

314 VIDAURRI, Alicia González. Globalización, Post-Modernidad y política Criminal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas essenciais: direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

315 BARAK, 2015, p. 104-114. Tradução livre: "Estes crimes globais são representados por violações do direito doméstico, internacional e humanitário e não se limitam a uma infinidade de abusos e danos, incluindo a contaminação de recursos naturais, complicações de saúde, altas taxas de pobreza, desigualdades extremas, disnomia global, atividades predatórias, despejo de resíduos tóxicos, violações de soberania, assassinatos e desaparecimentos, despejos forçados, roubos de portos, recolonização, tráfico de pessoas e violações de trabalhadores, mulheres e direitos da criança. Vamos agora discutir brevemente alguns exemplos da globalização do crime e sua falta de controle do Sul Global, seguido por uma ilustração, mas sondando do Norte Global envolvendo a primeira nação do "primeiro mundo terceiro mundo" e os caprichos do crime e do controle em um

Por fim, paradoxalmente, o fracasso dogmático do Crime Organizado Transnacional é, por outro lado, um sucesso ideológico e mercadológico. Triunfo ideológico, porque a pseudo especificação de sentido à categoria possibilita a concentração das estratégias puramente repressivas a grupos limitados de agentes, vistos como inimigos, manipuláveis segundo os interesses dos detentores de poder internacionalmente e, simultaneamente, desvia o foco de grandes questões transnacionais. Outrossim, triunfo mercadológico, porque a etiqueta “Crime Organizado” passou a habitar os discursos dos políticos, as programações televisivas, os noticiários e, ainda mais significativo, os códigos das instituições responsáveis pela criminalização.

O crescimento do crime organizado, em especial, na sua forma transnacional, implicou novas questões para os Estados nacionais. Afinal, o problema pode ser definido como um complexo conjunto de atividades ilícitas praticadas de forma continuada por um grupo de pessoas, que para atingirem seus objetivos realizam atividades sem o respeito a qualquer lei posta, inclusive colocando em cheque a integridade das pessoas e do próprio Estado através da corrupção política<sup>316</sup>.

Assim, essa nova realidade, pautada de novos instrumentos inteligentes com fulcro na prática de ilícitos e manutenção do poder da criminalidade é motivo de preocupação para os Estados, dada a evidência de que a internacionalização do crime deverá ser combatida ou atenuada com a internacionalização do direito penal, matéria, a priori, de exclusiva política de Estado. Um bom exemplo da preocupação dos Estados em tutelar penalmente condutas mundo afora está na Europa, quando da tentativa de harmonização de determinados preceitos penais.<sup>317</sup>

---

centro metropolitano e área urbana.”

316 WERNER, 2009.

317 PINTO, Inês Horta. **A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa**. Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas para o futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p.141 e s.

É dessa maneira que se pode, afinal, verificar a possibilidade da transnacionalização de delitos, conforme expressa, Silveira e Saad-Diniz<sup>318</sup> e Domingo<sup>319</sup>:

[...] verifica a possibilidade de execução transnacional de delitos, decorrentes das oportunidades de ultrapassagem de fronteiras por pessoas e no intercâmbio internacional de mercadorias, serviços e dados na sociedade global. Tais possibilidades teriam causas econômicas, técnicas e políticas. A preocupação acerca do tratamento dessa realidade, e de como premissas econômicas acabam por atuar nesse âmbito, são o motivo de maior inquietação penal. Não se trata de defesa ou acusação do fenômeno da globalização, mas de se verificar, em verdade, como se dá influência na formação penal.

Pugnando pela dúvida acerca de um Direito global, Domingo alerta para o fato de que as profundas mudanças globais, como as respectivas implantações de novas tecnologias, desenvolvimento da Economia de mercado em escala mundial, o ardente desejo de solução de problemas que afetam a humanidade – notadamente de caráter penal – a corrupção, enfim, não podem conduzir o homem a uma lei da selva. Por outro lado, a tradicional concepção de ciência do Direito, e em particular a ciência do Direito Penal, mostra-se obsoleta para tal intento. Verdadeiramente, a crise da lei como principal fonte do Direito salta aos olhos, bradando por uma reformulação completa na própria estrutura jurídica<sup>320</sup>.

Para tal, deverá o Estado conjecturar uma nova adequação de fontes do Direito, que, de forma mais aberta, poderá atingir seu intento com mais celeridade e eficácia. Todos os anos, inúmeros indivíduos perdem a vida na mão de criminosos envolvidos no crime organizado, que ao se inserir no paradigma do Transnacionalismo, atingiu proporções macroeconômicas, de modo que os bens ilícitos podem ser originários de um continente, traficados através de outro e comercializados em um terceiro.

O crime organizado transnacional pode permear agências e instituições governamentais, alimentando a corrupção, infiltrando negócios e políticas públicas,

318 SILVEIRA, Renato de; M.J. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance*, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32-33.

319 DOMINGO, Rafael. *¿Qué es el derecho global?* Navarra: Arazandi, 2008.

320 *Id. Ibid.*, p.19 ss.

de modo a dificultar o desenvolvimento econômico e social, minando o sistema democrático de governança<sup>321</sup>. As redes criminosas criam laços através das fronteiras e superam as diferenças culturais e linguísticas, adaptando-se à medida que surgem novas oportunidades. Suas relações flexíveis e mais sofisticadas, transcendem as fronteiras sociais e geográficas e dificultam o estabelecimento de um padrão para se identificar seus respectivos comportamentos.

Portanto, supõe-se que, apesar da dificuldade em transnacionalizar determinados direitos comunitários, especialmente pela sua efetividade – ou falta dela, em verdade –, é de suma importância rever os papéis das políticas de Estado no que se refere a esses Direitos, tendo em vista a globalização não retrogradar sua evolução, e a busca de efetividade em questões graves, como as inclusas no direito penal, que afetam diretamente a economia de um país (em um plano que, frise-se, desdobra-se internacionalmente em um Direito Mundial como um exemplo da cogência que pode ter o Direito transnacional), é tema de importância para todos<sup>322</sup>.

### **3.6 COOPERAÇÃO E OS LIMITES DE PERSECUÇÃO EM MATÉRIA PENAL**

Os influxos globalizatórios transformaram o mundo. Especialmente a partir da segunda metade do século XX, a abertura dos mercados nacionais, a expansão tecnológica e industrial impulsionadas pela revolução da internet que virtualizou as relações e transpôs as barreiras do tempo e do espaço, gerando um aumento exponencial na produção de bens, implicou em transformações nas sociedades em escala global, alterando todos os padrões tradicionais da humanidade forjados na modernidade.

A humanidade passou a funcionar em padrões transcontinentais de interação e de exercício do poder. As relações internacionais deixaram de ser protagonizadas pelos Estados e passaram a ser assumidas por indivíduos, grupos e

---

321 <http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/index.html>, Acesso em 22 ago. 2018.

322 “Internacionalmente, a busca de um Direito mundial em vários campos, como o econômico, assim também o faz. E a mencionada influência econômica no Direito Penal é um grande exemplo disso. A Economia global acaba por perceber que a diferença entre as realidades nacionais lhe é prejudicial e que, portanto, por uma questão lógica, seria de se esperar uma padronização de sistemas, mesmo o penal.” (SILVEIRA *et al.*, 2015, p. 34).

sociedades. Neste sentido, o domínio do poder político-jurídico, antes protagonizados pelo Estado, passaram aos poucos, a evidenciar espaços de debilidade, especialmente com o surgimento de novos atores que fogem ao seu controle. Com isso, os núcleos de relação de poder estão cada vez mais distantes dos atores locais, alterando os pólos de tomada de decisão<sup>323</sup>.

Muito embora os fenômenos globalizatórios tenham atingido os espaços sociais e culturais, é no plano econômico que seus efeitos são mais evidentes. Isso ocorre em função de que foi nesse cenário que as corporações multinacionais passaram a aumentar seu lucro em ritmo exponencial que, por sua vez, implicaram em transformações no comportamento das sociedades, conforme destaca Saskia Sassen<sup>324</sup>.

Com efeito, o plano da criminalidade ganhou dimensões globais. A preocupação com a denominada criminalidade internacional cresceu na medida em que as redes criminosas se espalharam com repercussões cada vez mais nocivas. O crime deixou de ser uma ameaça local ou nacional, para virar uma ameaça global.

De acordo com a ONU, o crime organizado transnacional se manifesta em muitas formas como tráfico de drogas, de armas de fogo e de pessoas, contrabando de imigrantes, entre outros. Os altos valores de dinheiro envolvidos podem comprometer as economias legítimas e impactar diretamente os processos públicos, na medida em que podem ser utilizados para “comprar” eleições através da corrupção<sup>325</sup>.

Tema que integra o Direito Internacional, sobretudo nos dispositivos que tratam dos Atos Internacionais<sup>326</sup> – sua validade, agentes habilitados para celebrar

---

323 ARNAUD, 2007, p. 55.

324 SASSEN, 2015.

325 <http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/index.html>. Acesso em 22 ago. 2018.

326 O Decreto Legislativo nº 496 de 17.07.2009 aprovou o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, com ressalva dos arts. 25 e 66. Segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um Tratado internacional é “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (Art. 2º, “a”). Destarte, tem-se por tratado um gênero, em que acordos de vontades devidamente positivados, confeccionados por Estados ou Organizações Internacionais, que regulamentam temas de interesse comum. Ainda no que se refere aos atos internacionais, expõe a Convenção alguns conceitos de diferentes atos internacionais: 1. tratado: declaração de vontade indicando convergência entre as

tratados internacionais, normas de vigência destes Tratados, fases de internacionalização no direito interno, bem como a hierarquia destes dispositivos na legislação brasileira –, os aspectos penais de institutos internacionais de direito que o Brasil seja signatário possuem objetivos estruturados dentro de um padrão cooperativo entre nações, que expõe a intenção dos países em obter benefícios oriundos da prestação de assistência mútua entre os entes públicos internacionais.

Pelo exposto até o momento, de forma incontestada, a extensão da jurisdição penal tem se relativizado sob o prisma dos processos de globalização e da emergência de um Direito Transnacional. Com isso, verifica-se a ampliação da utilização do instituto da cooperação jurídica transnacional, especialmente no que diz respeito ao auxílio direto em matéria persecutória, para combater, investigar e punir delitos perpetrados por organizações criminosas, seja regida por normas nacionais, seja por pacto firmados entre Estados, organizações e instituições de modo particular e concentrado.

A cooperação internacional em matéria penal é assunto que seguramente envolve a jurisdição, pois muitas vezes é ela quem vai executar, em sede de decisão – que será proferida de forma própria ou apenas respeitada a de outro Estado –, a lide instaurada entre Estado x agente, que tem lugar em seu território. Dessa forma, esse mecanismo de auxílio jurídico funciona como um braço amigo dos Estados para assegurar a justiça de maneira efetiva<sup>327</sup>.

É nesse sentido que leciona a Cartilha de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal<sup>328</sup>:

A cooperação jurídica internacional é o instrumento por meio do qual um Estado pede a outro que execute decisão sua ou profira decisão própria sobre litígio que tem lugar em seu

---

partes; 2. convenção: é um tratado multilateral que dita normas gerais e obrigatórias para os signatários dos contratos; 3. protocolo: indica um tratado complementar a um tratado já existente; 4. pacto: são tratados solenes de natureza política; 5. carta ou estatuto: aplicam-se aos tratados já constituídos quando criam as Organizações Internacionais ou Tribunais Internacionais; 6. tratado de sede: tratado bilateral entre Estados e Organismos Internacionais.”

327 SOSA AGUIRE, Tabaré. Cooperación judicial internacional en materia penal. **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, n. 3, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990.

328 Cooperação Jurídica internacional em Matéria Penal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuação-tematica/sci/pedido-de-cooperação-1/cartilha-de-cooperacao-jiuridica-internacional-em-materia-penal-drci-mj>. Acesso em 10 ago. 2018.

território. Solicitar cooperação é um modo formal de “bater à porta” de outro Estado e requerer sua ajuda para afirmar a justiça no caso concreto.

No que se refere à prática de cooperação jurídica, tem-se o Brasil como país distintamente demandante, tendo em vista que mais de 80% (oitenta por cento) dos pedidos de cooperação internacional são produzidos por autoridades brasileiras para o exterior<sup>329</sup>, o que manifesta a importância que tem a evocação desses institutos jurídicos internacionais para a efetividade da justiça em matéria transnacional.

Por sua vez, os atos de cooperação não podem subsistir diante de inconformidade normativa, transnacionalismo e sistemas processuais. Nesse caso, há que se discutir mérito do Decreto 9.150/2017, que dispõe sobre pedidos de cooperação jurídica internacional. Ao disciplinar que os pedidos de cooperação jurídica internacional (Carta Rogatória e Auxílio Direto) serão recebidos exclusivamente de Autoridades Públicas (Juízes, membros dos Ministérios Públicos, Delegados de Polícia, Defensores Públicos) e visando cumprir atos de comunicação processual (citações, intimações e notificações), atos de investigação ou instrução (oitivas, obtenção de documentos, quebra de sigilo bancário, quebra de sigilo telemático etc.) ou medidas de constritivas de ativos, como bloqueio de bens ou valores no exterior, repete equívocos clássicos.

Importa destacar que o Decreto 9.150/2017 necessita superar seus vícios de efetividade e legitimidade perante a ordem nacional, internacional e transnacional. Ao não propiciar abertura para um modelo constitucional de processo, isto é, acusatorial de cunho garantista, ao excluir da competência para pedidos de cooperação as partes e seus defensores privados, constitui espaço para cerceamento de defesa e ilegalidade à luz do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Agrava-se essa situação quando o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional/Secretaria Nacional de Justiça avoca para si a responsabilidade de “ponto de contato de diversas redes de cooperação

---

329 Cooperação Jurídica internacional em Matéria Penal. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>. Acesso em 09 jul.2018

internacional – IberRed, Groove, RRAG – que proporcionam o contato ainda mais direto e célere entre autoridades, a fim de solucionar problemáticas encontradas no momento da execução das diligências, estabelecer estratégias conjuntas de atuação, estabelecer entendimentos conjuntos e dialogar sobre mudanças de procedimentos”. Nesse sentido, o que se diagnostica é a clara retenção de competência com intuito inquisitorial declarado, pautando os atos em curso segundo a lógica da formação da culpa e obstacularização do contraditório e ampla defesa.

Depois, tal Decreto é leniente com a questão da fragmentação dos atos processuais e relapso para com as nulidades processuais. Há que se discutir além do empoderamento de novos atores, também a legitimidade dos atores estrangeiros para a produção de atos que produzirão efeitos em território nacional. Não se pode confundir cooperação internacional com a mera e simplista prática de homologação de atos estrangeiros irrefletidamente.

Nessa perspectiva, conforme atesta Klayton Topór<sup>330</sup>, torna-se inafastável para o sucesso de acordos de cooperação internacional em matéria de persecução penal o reconhecimento da cláusula de respeito à ordem pública, da especialidade e do devido processo legal nas medidas de cooperação internacional que vislumbrem instrumentos probatórios.

A atuação das organizações criminosas é justamente uma ameaça aos sistemas democráticos, na medida em que, com a formação de sistemas internacionais de corrupção e de lavagem de dinheiro, por exemplo, contam com o aliciamento de autoridades que deveriam zelar pela manutenção dos processos democráticos, configurando ameaça ao Estado e ao desenvolvimento das sociedades, razão pela qual, a inércia estatal em promover mecanismos de cooperação internacional pode refletir na progressiva debilidade do Estado em honrar seus compromissos constitucionais.

Para tanto, as ações de cooperação necessitam enfrentar problemas a partir de normatizações apropriadas e específicas, não se reduzindo em acordos e

---

330 TOPÓR, Klayton Augusto Martins. **Novos dilemas da jurisdição penal na persecução do crime de lavagem de dinheiro**: o auxílio direto na cooperação jurídica internacional e a relativização da cláusula da reserva de jurisdição. Porto Alegre, 2014. Dissertação defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2014.

termos com início e fim de atuação. Na esfera processual penal, tal qual na cível, é importante que a lei subjetiva inclua em seu bojo os atos e meios de cooperação, tornando eficazes os preceitos de *rule of law* no âmbito nacional e no âmbito transnacional.

Com toda a condição dinâmica construída em torno do Direito Transnacional e do Direito Global, o que se defende na tese em construção é justamente a não incidência de princípios casuístas para fixação de atos procedimentais em acordos de cooperação. A incidência formal e material de mecanismos para cooperação judicial em matéria processual penal na legislação aplicável, em conformidade com o sistema global de Direitos Humanos e com condições de efetividade deve contemplar previsibilidade e normas efetivas. Não é possível juridicamente que parcela significativa de acordos de cooperação em material penal sejam efetivados de modo *ad hoc* e majoritariamente *ex post facto*.

## CAPÍTULO 4

### RESPONSIVIDADE DO PROCESSO PENAL À TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS DELITOS

#### 4.1 NOVAMENTE OS LIMITES DA SOBERANIA ESTATAL

A globalização e a transnacionalização do Direito ensejam normas próprias para impulsionar o livre-comércio à margem dos direitos nacionais e do Direito Internacional ao sabor das necessidades e das negociações, dando à luz um verdadeiro direito paralelo, um direito transnacional de constante intercâmbio. Além disso, proliferam os modos de regulação privada, seja em razão da multiplicação de *corpus* de regras privadas ou em decorrência, e em consequência, do caráter cada vez mais negocial e consensual do Direito. Com o aparecimento de um campo transnacional, um número crescente de atores jurídicos passou a funcionar, seguindo regras próprias que dispensam usualmente os direitos que lhes seriam normalmente aplicáveis – direitos nacionais ou Direito Internacional –, visando, sobretudo, maior responsividade do Direito, produzido e orientado por dinâmicas cooperativas e não hierárquicas.<sup>331</sup>

Em matéria de processo penal, a legislação, em âmbito nacional, adota o princípio da territorialidade como regra, à medida que a aplicação da lei processual penal no espaço constitui-se como afirmação da soberania. Isso implica dizer que, via de regra, os crimes cometidos em território nacional deverão ser processados e julgados por autoridades brasileiras, bem como o serão aqueles cometidos no exterior, caso o Brasil avoque competência como manifestação de sua soberania.

Os efeitos da transnacionalização dos delitos, contudo, transcendem o princípio da territorialidade e colocam em cheque a rigidez das soberanias.

O enfraquecimento da soberania estatal em face do crescente incremento da ordem jurídica internacional é uma realidade. Se não há submissão dos Estados aos organismos internacionais, em respeito ao princípio de não-ingerência em assuntos

---

331 ARNAUD. 2007, p. 33.

internos, é preciso admitir que também não há soberania estatal absoluta ou capaz de ignorar a existência de um jus cogens, ou seja, um direito cogente internacional<sup>332</sup>.

Faz-se imprescindível concluir que a soberania estatal não goza mais de caráter absoluto e, por conseguinte, de maneira imperiosa emerge um direito de dimensões internacionais, orientado por padrões de governança. Essas comunidades de governança não são necessariamente organizadas do mesmo modo que os Estados – com população e território geográfico definido e quadro institucional que exerce a autoridade plenária. Em vez disso, as comunidades de direito global podem ser entendidas como sociedades funcionalmente diferenciadas, organizadas em benefício mútuo para objetivos específicos, pautadas por ideais de cooperação e resolutividade. Eles podem incluir grupos, instituições e redes.<sup>333</sup>

Ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, em suma, um pseudoconceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise – agora o podemos afirmar – começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso uma vez que a soberania é ausente de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. Por essa razão a história jurídica da soberania é a história da antinomia entre dois termos – direito e soberania -, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si<sup>334</sup>.

A noção de poder é inerente à soberania, de modo a constituir-se, originariamente, como ilimitada e sem regras de fundação, assim, historicamente, soberania e direito são conceitos que não convergem, logo, são dicotômicos. Significa dizer, que a relativização da soberania passa pela decadência de suas principais características: supremacia interna, uma vez que tem de se submeter geralmente a ditames constitucionais para contrapesar este poder e, independência na ordem externa, à medida que a globalização e a transnacionalização vão de encontro a essa independência.

---

332 ARAÚJO, Maurício de Carvalho. **Soberania e princípios do processo penal em face do Tribunal Penal Internacional**. Diss. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

333 BACKER, Larry Catá. The Structural Characteristics of Global Law for the 21st Century: Fracture, Fluidity, Permeability, and Polycentricity. *In*: MUSA, Shavana; DE VOLDER, Eefje (Orgs.). **Reflections on Global Law**. Leiden: Boston, 2013.

334 FERRAJOLI, **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**, 2002. p. 44.

A criminalidade evoluiu junto com a sociedade e os meios de resolução têm de acompanhar esse processo. Assim como o direito penal, o direito processual penal também requer formas adequadas e aptas a combater a criminalidade globalizada. Paralelamente, se a criminalidade tece redes globais, o processo penal e os modos de persecução devem transitar por tais espaços e com atributos de governança. Assim, os meios de persecução se movem mais por dinâmicas de necessidade punitiva do que de vontade política estatal.

Pensar um processo penal com abrangência global implica levar em conta o respeito aos direitos e garantias fundamentais, uma vez que estes consagram-se em princípios universais.

A consagração dos Direitos Humanos na Declaração da Organização das Nações Unidas (1948) e nos demais tratados internacionais [...] adquiriu, para esses Direitos Humanos, o caráter de tutela supra-estatal (um valor supra-estatal), uma tutela não apenas constitucional, quando previstos constitucionalmente, mas uma tutela internacional reconhecida sobre os Estados, ainda que não prevista no direito interno<sup>335</sup>.

Contemporaneamente, o princípio que perpassa e fundamenta o Estado de direito é o da dignidade da pessoa humana. Desse modo, os direitos humanos constituem-se em categorias fundamentais e universais, sobretudo, após a Revolução Francesa, marco histórico de propulsão ao período atual.

Para se construir um processo penal com abrangência internacional necessita-se, obrigatoriamente, de ter os direitos e garantias fundamentais como pano de fundo. Este sistema dinâmico depende da capacidade dos atores de formar e implantar uma grande diversidade de estruturas de governança simultaneamente, onde o Estado continua a afirmar um poder substancial, mas em que não pode mais reivindicar o orgulho e a posição hegemônica. Nesse ponto, é preciso olhar para fora do Estado, para além do território e concentrar-se na responsividade frente aos delitos transnacionais.

Diante desse contexto fático, fica evidente que o Estado, por meio do Direito Penal e do Processo Penal, deve buscar formas de reprimir a criminalidade. Entretanto, na busca da eficiência da persecução penal, não pode o Estado deixar de

---

335 ARAÚJO, 2005.

respeitar os direitos fundamentais, amplamente reconhecidos em âmbito global.<sup>336</sup>

A tarefa é efetivar a persecução penal garantindo o respeito aos direitos constituídos. No intuito de apurar e julgar crimes de caráter internacional, no que tange às guerras principalmente, foram criados alguns órgãos ao longo do século passado, transcendendo assim o âmbito das soberanias. No entanto, o devido processo penal mostrou-se falho, sobretudo no que toca a princípios como igualdade e isonomia, pois constituíram-se em verdadeiros acordos de vontades dos vencedores.

Citamos como exemplos: o Tratado de Versalhes após a Primeira Guerra Mundial, os Tribunais de Nuremberg e Tóquio que sucederam a Segunda Guerra Mundial, bem como os Tribunais da Iugoslávia e de Ruanda.

A primeira tentativa de fixar uma legislação global de caráter penal e processual penal, evidencia-se na constituição do Tribunal Penal Internacional destinado, principalmente, para apuração e julgamento daqueles crimes de violação de direitos humanos em que o sistema judicial nacional não é suficiente, seja por crise institucional, social, governamental ou até mesmo por inércia. Ressalte-se que se destina a crimes contra a humanidade, contudo, faz-se importante trazer a discussão, visto consistir numa ordem jurídica penal de cunho internacional.

Tal instituto pauta-se num estatuto denominado Estatuto de Roma que, entretanto, tem por fundamentos princípios do processo penal, mormente, o princípio do julgamento justo e do devido processo legal. Outros princípios também perpassam o estatuto que dita o processo no Tribunal Penal Internacional, entre esses destacam-se: presunção de inocência, direito ao silêncio, ônus da prova é da acusação, prova de culpa além de qualquer dúvida razoável, independência e imparcialidade do tribunal, independência e imparcialidade dos juízes, e julgamento justo e em tempo razoável.

O que cabe sublinhar, contudo, é que tal Tribunal Penal Internacional destina-se para alguns casos, pois foi criado para dar cabo daqueles crimes de violação de direitos humanos em que o Estado não foi efetivo na resolução do

---

336 ANTUNES, Leonardo Leal Peret. **A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna**. Tribunal Virtual IBCCRIM, 2013. p. 54-72.

conflito, ou seja, o Estatuto de Roma tem atuação subsidiária às legislações nacionais.

Até então, percebe-se que o processo penal que vise o combate aos delitos transnacionais, precisa superar os liames da soberania, pautar-se nos princípios de respeito aos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, não entrar em choque com as legislações dos países que a ele aderirem.

O Tribunal Internacional Penal surge como um aparato complementar à jurisdição penal nacional. O Estatuto de Roma reitera a idéia de que o Estado tem a responsabilidade primária, o dever jurídico de emprestar a sua jurisdição. No entanto, se isso não ocorrer, a responsabilidade subsidiária é da comunidade internacional. Lembro, ainda, os arts. 17 a 19 do Estatuto que prevêm as condições de admissibilidade para a jurisdição do Tribunal Internacional, como a não-disposição ou a incapacidade de o Estado julgar esses crimes, o que inclui a inexistência de um processo imparcial independente, o colapso do sistema judicial nacional, a impossibilidade de obtenção de provas, testemunhas necessárias etc. Dessa maneira, entendemos que o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade, a soberania do Estado à luz do Princípio de Complementariedade<sup>337</sup>.

Dessa interpretação resulta que uma ordem jurídica tal como o Tribunal Penal Internacional, faz a síntese entre o direito e a soberania à medida que aquele complementa essa, incorporando os direitos fundamentais.

Assim como o intuito por Tribunais Penais Internacionais, as ordens jurídicas emergentes na globalização jurídica visam responder a problemas novos que envolvem autoridades de segundo nível que, agindo em nome do grupo, monitoram e mantêm os participantes com o objetivo de realizar o ponto normativo (transformável) da ação conjunta, normatizando ao seu modo, comportamentos relevantes. Este é um conceito extremamente vasto de ordem jurídica, que acomoda todas as diversas variedades de direito condicionado pela globalização, como *lex mercatoria*, *cyberlaw*, *UNIDROIT* e *lex sportiva*.<sup>338</sup>

---

337 PIOVESAN, Flávia. **Tribunal Penal Internacional**: princípio da complementariedade e soberania. Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”. Brasília, 1999.

338 LINDAHL, Hans. Legal Order and the ‘globality’ of Global Law. In: MUSA, Shavana; DE VOLDER, Eefje (Orgs.). **Reflections on Global Law**. Leiden: Boston, 2013.

Todavia, o exposto exemplifica uma iniciativa de um direito internacional cogente em nível penal e processual penal, porém ainda não é suficiente quando se fala em outros delitos de cunho transnacional, tais como, tráfico de drogas e armas, contrabando, prostituição infantil etc. Carece-se ainda de mecanismos para combater a transnacionalização dos delitos. Conforme a abordagem acima, não basta apenas a existência de tipos penais globalmente compartilhados e equivalentes, também não basta a instituição de um órgão penal global, o que se advoga é justamente a capacidade de persecução penal que transcenda os entraves burocráticos estatais, propiciando um nexo entre tipos penais e decisões condenatórias/não-condenatórias.

As hipóteses de resolução têm que necessariamente passar pela constituição de um direito penal e, por consequência, de um processo penal, com categorias universais que façam frente à globalização dos delitos, com recorte preciso para meios atuais, efetivos, eficazes e eficientes de persecução penal e com os atores da transnacionalização.

o direito penal da era da globalização tem um objetivo eminentemente prático, deve buscar uma uniformidade de respostas no campo jurídico penal entre os Estados no tocante ao tratamento da delinquência supranacional. Com isso, deve-se evitar a criação de alguns 'paraísos jurídicos penais'. A solução que se põe como mais plausível atualmente seria a adoção pelos Estados de tratados de uniformização das legislações penais, inclusive em temas chamados Parte Geral, acompanhados de esforços concretos no sentido de garantir o quanto possível uma aplicação homogênea dos mesmos<sup>339</sup>

A resposta ao crime organizado pede uma estrutura internacional organizada, uma cooperação entre os órgãos responsáveis pela aplicação da lei e, tudo isso, implica a precedência de uma legislação padrão, homogênea à medida do possível, pois há que se preservar também as nuances locais uma vez que o direito é também histórico. Em síntese, para o combate ao crime que transnacionalmente se espalha, é necessário que exista substancialmente uma lei processual com efetividade transnacional, um verdadeiro *rule of law*.

---

339 PEREIRA, Claudio José. O direito penal pós-moderno e a expansão econômica supranacional. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais** – Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 814.

Importante salientar também que uma uniformização do tratamento legal implica na mensuração de forma semelhante às condutas no que trata, por exemplo, das penas, objetivando que um determinado crime não seja considerado grave num país e leve noutra, nisso consistem os chamados “paraísos jurídicos penais”.

Como a efetividade do Processo Penal muitas vezes depende de restrições a direitos e garantias individuais (principalmente no caso da criminalidade moderna), é imprescindível que eventual limitação desses direitos e garantias somente seja feita de maneira fundamentada e à luz do princípio da proporcionalidade, harmonizando-se, assim, com os ideais do Estado Democrático de Direito<sup>340</sup>.

No que tange ao âmbito penal e processual penal, algumas vezes restringe-se direitos individuais em prol da coletividade, como, por exemplo, a liberdade. No entanto, um processo penal de caráter homogêneo em âmbito global exige a plena observância dos direitos e garantias fundamentais, por isso trouxe-se a tona, a título de exemplo, o Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional e que pode servir de modelo e embrião de direito processual penal internacional. Assim, em momento algum a ideia de *rule of law* transnacional para persecução penal deve ser entendida como retrocesso de direitos e garantias.

A responsabilidade do processo penal à transnacionalização dos delitos, passa obrigatoriamente pela relativização da soberania estatal, já abrandada, de tal sorte a constituir-se uma legislação, de cunho transnacional, pautada especialmente nos direitos fundamentais, visando o enfrentamento da criminalidade e a complementariedade da soberania.

Todavia, como assegura o adágio estadunidense, há que se considerar o direito no mundo prático e na norma (*law in book, law in action*<sup>341</sup>), o que assinala, para além da normatização sobre a persecução penal transnacional, também o aspecto colaborativo e de governança.

---

340 ANTUNES 2013, p.54-72.

341 Teoria advinda do direito estadunidense, que prima pela capacidade de entendimento do Direito pelo realismo jurídico, estabelecendo uma nova epistemologia jurídica e a constante necessidade de aprimoramento das instituições jurídicas. (HALPERIN, Jean-Louis. **Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change**, Maine Law Review, v. 64, n. 45. Maine: University of Maine School of Law Digital Commons, 2011).

## 4.2 GOVERNANÇA E COLABORAÇÃO INSTITUCIONAL

Embora não se tenha uma legislação penal internacional para responder aos delitos de carácter transnacionais, a colaboração institucional dos órgãos responsáveis pela persecução penal avança, obviamente, entre aqueles países que se comprometem a tal em tratados e convenções, bem como com a participação em organismos de carácter não governamental.

Nesse sentido, retoma-se o conceito de soberania sob outro enfoque:

[...] a soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem independentemente e de forma isolada à luz do seu interesse específico e próprio. A soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns<sup>342</sup>.

Logo, a finalidade consiste em estabelecer uma cooperação entre os governos, através de seus órgãos, de modo a constituir uma sistemática penal e processual penal apta a combater o crime organizado. Entretanto, cumulativamente, tal cooperação não pode se circunscrever apenas ao campo dos governos, entendidos como as estruturas burocráticas do Executivo e do Legislativo. Na temática da persecução penal, os entes governamentais ligados ao Executivo e ao Legislativo são facilitadores que não conseguem competir em protagonismo com os atores do processo penal. Além de não conseguirem, via de regra, não devem tomar o lugar institucional do Judiciário e do Ministério Público (ou equivalente).

De forma propositiva, o que se defende nesta é a incidência de pactos de cooperação e governança, em sede de crimes transnacionais, com foco na aproximação procedimental entre polícias, titulares das respectivas ações penais, julgadores e executores de penas. Não se resolve o problema emergente com a celebração de normas genéricas e abstratas que se perdem pelo modelo dualista/monista de internalização de tratados internacionais. O ponto de melhoramento exige que em matéria de persecução penal, mecanismos de governança e cooperação sejam maturados entre os atores que operam cotidianamente com esses temas.

---

342 PIOVESAN, 1999.

Esta cooperação reclama, no intuito da aplicação da lei penal, uma comunhão de esforços de envergadura intergovernamental, dentre os órgãos que executam esta tarefa, tais como, o Judiciário, o Ministério Público e as Polícias. Comunhão de esforços e estratégias que, por sua vez, não pode preterir a advocacia. Assim, doravante delinea-se os avanços evidenciados nestas relações.

Em sentido jurídico pode-se definir a cooperação da seguinte forma:

Cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais é o conjunto dos atos que podem ser solicitados por um Estado a outro, visando ao desenvolvimento regular (preparação e consecução) de demanda criminal<sup>343</sup>.

A título de exemplo, em âmbito legislativo nacional, tem-se diversas possibilidades de institutos jurídicos que podem ser requeridos a outros Estados, bem como alguns que podem ser recepcionados em processos locais. Normalmente, quando se fala de cooperação e acordos internacionais, este é o principal *locus*, que precisa, todavia, ser delimitado, seja pela efetividade, seja pela autoridade, seja pelo tempo de construção dos acordos, os quais são infinitamente superiores aos fluxos delitivos transnacionais.

O rumo que assume esta é pela prevalência de medidas de cooperação e governança que se concentre na dinamicidade dos atos processuais, isto é, estabelecendo modelos segundo os quais os instrumentos não sejam genéricos, mas que consigam detalhar padrões de cooperação segundo padrões de comportamentos delitivos, setores, ramificações, países de atuação, impacto social e sistemas processuais. Nesse sentido, os acordos de cooperação e governança em matéria de persecução penal transnacional não podem reproduzir meros “contratos de adesão”, sob pena de sua falibilidade.

Há inúmeras medidas processuais passíveis de serem objeto de cooperação internacional, como notificações; recepção e produção de provas, tais como testemunhos ou declarações; realização de perícias e exames de pessoas, bens e lugares; localização ou identificação de pessoas; notificação de testemunhas ou peritos para comparecimento a fim de prestar testemunho no Estado requerente;

---

343 WEBER, Patrícia Maria Núñez. Cooperação internacional penal: conceitos básicos. In: **Temas de cooperação internacional**. Brasília: MPF, 2015. p. 25-38.

traslado de pessoas sujeitas a processo penal para comparecimento como testemunhas no Estado requerente; medidas acautelatórias sobre bens; cumprimento de outras solicitações a respeito de bens, como, por exemplo, sequestro; entrega de documentos e outros elementos de prova; apreensão, transferência de bens confiscados e outras medidas de natureza similar; e retenção de bens para efeitos do cumprimento de sentenças judiciais que imponham indenizações ou multas impostas por sentença judicial<sup>344</sup>.

Tais medidas constam no Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do MERCOSUL, constituem-se em avanço no que toca à aplicação da lei penal uma vez que marcam a possibilidade de, em âmbito judicial, haver cooperação. Entretanto, prova cabal de que a mera sincronização legislativa não é suficiente diz respeito ao modo com que se dá a atuação judicial. Instado sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça, através de sua Ouvidoria, informa não possuir indicadores sobre atos de cooperação, teor de acordos, relações das principais autoridades e autoridades centrais com as quais os agentes brasileiros se relacionam e documentos regentes. Assim, em que pese a resposta por e-mail, é clara a total descon sideração pelas autoridades brasileiras de modelos de governança e controle, demonstrando existir um estado d'arte de aleatoriedade.

O protocolo mencionado, assim como outros instrumentos, assemelham-se à legislação penal internacional supracitada no sentido de que também se baseiam em princípios de direito penal. Dessa forma, pode-se destacar alguns princípios que permeiam os instrumentos de cooperação processual penal em âmbito internacional: aplicação da norma mais favorável à cooperação; paridade, dentro do possível, de igualdade de tratamento entre as demandas; e aplicação dos direitos e garantias fundamentais. É importante que o mesmo ganhe corpo com efetividade, tratando de introduzir, além de princípios comuns, procedimentos comuns para a persecução penal.

Além disso, em nível judicial evidencia-se uma tendência em harmonizar as decisões considerando a evolução dos institutos na jurisprudência internacional. De igual forma, “harmonizar” decisões não se mostra como meio cabal se não

---

344 WEBER, 2015, p. 25-38.

enfrentar as divergências e/ou discrepâncias nos procedimentos de cooperação com vistas à persecução penal.

O direito torna-se comum a partir do conhecimento e, em alguns casos, da aproximação de interpretações sobre determinados institutos jurídicos entre tribunais nacionais e internacionais. Quando há influência de um tribunal sobre outro, o processo também é denominado “fertilização cruzada”, expressão que se espalhou pela teoria jurídica, com variações. A ideia subjacente é a existência de um diálogo entre os juízes, que passam a se interessar, estudar e utilizar as interpretações jurídicas desenvolvidas em outros tribunais, estrangeiros ou internacionais. Trata-se de uma das pedras angulares daqueles que defendem a existência ou a possibilidade de uma ideia de ordem no direito internacional contemporâneo, marcado pela complexidade com a profusão de redes de atores e de normas, de organizações e de tribunais. A ordem viria da interpretação judicial comum ou dialogada, respeitando-se as diferenças culturais ou de linguagem, dentro da margem nacional de apreciação de cada Estado<sup>345</sup>.

A interpretação judicial na fundamentação das decisões, portanto, também pode se estabelecer como importante ferramenta de colaboração entre os Estados no objetivo de delinear um direito, dentro do possível, padrão. Mas, para fins do jurisdicionado e para o estado d’arte, continua se conformando com a exclusão do problema da cooperação em sede de persecução penal dos delitos transnacionais.

O Ministério Público, como titular da ação penal pública, também está engajado no combate ao crime organizado, bem como o Ministério das Relações Exteriores, enquanto órgão governamental incumbido das relações com os entes internacionais. Esta é uma via real de sofisticação dos instrumentos e mecanismos de governança para enfrentamento dos crimes transnacionais, mas que carece abrir sendas para os demais atores do processo, sob pena de romper com direitos e garantias fundamentais, instituindo ou perenizando um sistema altamente inquisitorial de processo penal.

No momento em que se comemora o décimo terceiro aniversário da Unidade de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, a

---

345 VARELLA, 2013.

crescente e proveitosa colaboração entre o Ministério das Relações Exteriores (MRE) e o Ministério Público (MP), na área do combate aos ilícitos transnacionais, merece registro. A Coordenação-Geral de Combate aos Ilícitos Transnacionais do MRE e aquela Unidade da PGR, hoje consolidada como Secretaria de Cooperação Internacional (SCI), fazem parte do conjunto de órgãos cuja interlocução constante e construtiva em muito tem contribuído para formulação de posições, lançamento e avanço de iniciativas de interesse do Brasil na esfera multilateral<sup>346</sup>.

Isso demonstra que o Brasil vem se adequando à problemática do combate aos crimes transnacionais e, além disso, abre-se as relações internacionais colocando à frente órgãos intrinsecamente ligados à garantia da segurança pública e da persecução criminal. Embora seja um caminho deveras incipiente, com percalços, não se pode deixá-lo ao abandono ou imune às críticas. Nesse ponto, a tese aponta como alternativa a necessidade de maior difusão de experiências entre os atores envolvidos e a dialeticidade quando dos padrões de governança nos acordos de cooperação sobre delitos transnacionais, especialmente em fase de persecução penal.

Os órgãos policiais são primordiais na resposta aos delitos de cunho internacional e, portanto, têm de ter papel de destaque nessa integração de combate ao crime. Seguindo a fórmula acusatorial de processo penal, a relevância dos entes policiais de investigação é ponto essencial, razão pela qual, meios de cooperação e governança em matéria de persecução penal transnacional são inafastáveis.

A cooperação e o consenso tornam-se fundamentos de validade para a atuação dos Estados e influenciam as estratégias e os modos de ação dos organismos de cooperação policial internacional, legitimando-os<sup>347</sup>.

O principal mecanismo que as polícias dispõem nessa interação é a troca de informações, a atividade de inteligência deve pautar as estratégias que visam o enfrentamento dos delitos que transcendem as fronteiras, nisso reside e consiste a colaboração institucional.

---

346 LOUREIRO, Márcia. Desenvolvendo parcerias para a cooperação no combate aos ilícitos transnacionais. *In: Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. p. 153-156.

347 WERNER, 2009.

A cooperação entre as instituições de segurança, tanto no plano interno dos Estados, quanto no plano externo, é um tema complexo em razão das dificuldades em se estabelecerem os laços de cooperação para a difusão das informações, acompanhamento e monitoramento de suspeitos, bem como na diversidade legislativa dos diversos regimes jurídicos que disciplinam a coleta e tratamento das provas ao redor do mundo [...] <sup>348</sup>.

No entanto, essa troca de informações, na prática, mostra-se tarefa penosa, uma vez que os órgãos de inteligência, culturalmente, dão proteção exacerbada à informação, demonstrando dificuldade no diálogo com as agências estrangeiras. Além disso, as diferenças legislativas na obtenção e tratamento das provas também implica em barreira.

Todavia, quando se fala em cooperação entre organismos policiais de cunho internacional há que se mencionar um órgão que foi criado com este intuito e que, atualmente, demonstra avanços significativos nessa seara, isto é, a Interpol. Contudo, ao tempo em que o funcionamento da Interpol é exemplar, o mesmo não pode ser dito quando do exaurimento da fase “policial”. Sem o engajamento por parte de atores de acusação e de julgamento, a atividade policial da Interpol resta tolhida pelas questões soberanas de cada Estado, que via de regra, propiciam um espaço de impunidade ou de inefetividade.

A Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL), é atualmente a maior organização política voltada ao combate da criminalidade sob o ponto de vista internacional, tendo sido criada através da Comissão Internacional de Polícia Criminal, em Viena na Áustria em 1923, conta atualmente com a adesão de 187 países. Com sede em Lyon na França, sua missão é o *intercâmbio de informações policiais, criminais e judiciais em nível internacional, com o fim de combater efetivamente os chamados crimes transnacionais e garantir que a ação da Justiça possa alcançar os criminosos além das fronteiras, respeitando os limites legais e a soberania de cada país*, sendo as medidas tomadas dentro dos limites das leis existentes nos diferentes países e no espírito da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Constituição da Interpol, artigo 2) <sup>349</sup>.

---

348 WERNER, 2009.

349 *Id. Ibid.*

A Interpol constitui uma organização policial internacional com atuação global em quase todos os países signatários das Nações Unidas, possuindo escritórios em todos eles.

Além do trânsito de informações de cunho internacional no que diz respeito à criminalidade, o órgão também, através de conferências internacionais, compartilha conhecimento afim de padronizar e aprimorar técnicas de investigação, estabelecer políticas de segurança pública e estimular a cooperação internacional no combate ao crime.

A Interpol disponibiliza instrumentos operacionais e ferramentas essenciais para a cooperação policial internacional como: a) comunicação global e sistema de mensagens; b) sistema de avisos e pedidos de ação ou informações ou ambos; c) bases de dados com as informações trocadas entre os Estados membros ou fornecida diretamente à sede; d) serviços relacionados com impressões digitais e DNA, destinados à identificação de suspeitos, pessoas desaparecidas e vítimas de desastres; e) análise de tendências e de casos específicos (Interpol, 2001: 06)<sup>350</sup>.

Os instrumentos operacionais implicam, majoritariamente, no uso da tecnologia da informação para imprimir velocidade à troca de informações, ou seja, evidencia-se que as facilidades desencadeadas pelo avanço e proliferação da tecnologia auxiliam no combate ao crime. É a globalização sendo utilizado em favor da justiça, frente ao crime globalizado.

Contudo, cabe sublinhar que a Interpol se destaca no processo de cooperação internacional frente à criminalidade, os números demonstram o que se assevera.

[...] de 2006 a 2014, o uso do canal Interpol no Brasil viabilizou 111 extradições para o exterior (extradição passiva) e 56 extradições de outros países para o Brasil (extradição ativa), constituindo, assim, poderosa ferramenta de cooperação internacional<sup>351</sup>.

---

350 WERNER, 2009.

351 DÓRIA, Luiz Cravo. Ao som da Interpol. *In: Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. p.157-159.

Analisando o exposto percebe-se o quão importante é uma organização de cunho internacional, pautada na cooperação entre os países, para a manutenção da segurança pública, combate à criminalidade e garantia da persecução penal. Igualmente, na medida da sua importância está a medida de sua complexidade, da quantidade de atores e instituições que devem compor os quadros marcos de governança e de cooperação transnacional, para além da hegemonia estatal.

Todavia, contemporaneamente a cooperação internacional ainda encontra barreiras, principalmente naqueles Estados em conflito, sem sistemas legais eficientes e sem uma democracia consolidada. Considerando que, como exposto, qualquer tentativa de elaboração de uma política de combate ao crime em nível global pressupõem o respeito aos direitos fundamentais, a democracia mostra-se, não como opção, mas como única alternativa.

[...] a cooperação internacional [...] tem cada vez mais importância para que as autoridades possam combater de forma eficiente o crime organizado transnacional, bem como para que o direito possa ser realizado em sua plenitude. Por se tratar de tema razoavelmente novo, está em rápida e constante evolução e as autoridades brasileiras, em especial as autoridades policiais, os membros do Ministério Público e os membros do Poder Judiciário estão cada vez mais familiarizados com o tema e fazendo uso dessa ferramenta<sup>352</sup>.

A cooperação internacional configura-se como instrumento de suma importância no combate à criminalidade, efetiva-se na colaboração entre os diversos órgãos incumbidos da persecução criminal, bem como contribui, de maneira significativa, na resposta aos delitos de cunho transnacional.

Contudo, a proposição que se sustenta considera: a alteração do *locus* tradicional de cooperação internacional e governança, deslocando-o, em razão da matéria, do Executivo e do Legislativo, para os atores da persecução penal; na sequência, que o êxito da proposta de governança e cooperação em temas de persecução penal de delitos transnacionais não se restrinja à Interpol, aos atos processuais e ao *exequatur* de decisões estrangeiras, mas, necessariamente, pela construção de quadros marcos, que consigam catalisar a pluralidade de atores,

---

352 SAADI, Ricardo Andrade. O crime organizado e a cooperação internacional. *In: Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. p. 139-144.

conforme os tipos penais, os modelos processuais de cada Estado e a dinâmica dos delitos, pois tentativas de generalização não se mostram eficazes.

De modo a comprovar o aludido, não é possível fixar padrões equivalentes para crimes transnacionais de lavagem de dinheiro e de contrabando de armamento. No primeiro, há que se ter meios cooperativos com autoridades do sistema financeiro em relevo. No segundo, deve ser considerada a questão de polícia nas fronteiras, portos e aeroportos. Se colocarmos a questão de tráfico de pessoas, surgirão novos atores, em uma perspectiva mais humanista. Portanto, a heterogeneidade de comportamentos delitivos transnacionais exige a difusão de modelos que orientem acordos de cooperação e governança.

Complementando, há que se considerar meios de acreditação dos atos perante autoridades nacionais. Não se pode manter o atual comportamento do Conselho Nacional de Justiça que, preocupado com inúmeras métricas e mensurações estatísticas, simplesmente ignora a incidência de acordos de cooperação no sentido mais amplo. Defender modelos parciais-totais, fragmentados e específicos não representa uma promoção à aleatoriedade, como se observa atualmente. Pelo contrário, insiste na validade e vigência de *rule of law* apta aos problemas emergentes.

#### **4.3 AUTORREGULAÇÃO E AUTORREGULAÇÃO REGULADA**

O Estado foi concebido como forma de dominação política cuja função principal consistia em garantir a ordem e a paz social. Aqui, a noção de regulação, em seu aspecto originário, identifica-se com a atividade de intervenção administrativa com finalidade de garantir o ordenamento público e a segurança dos cidadãos, mediante instrumentos coercitivos.

Se a regulação se caracteriza por sua origem estatal e, tradicionalmente, implica coação, obrigatoriedade e heteronomia, a autorregulação se pratica na sociedade e, conseqüentemente, no mercado. Ela pode ser entendida como a

capacidade do mercado para encontrar seus próprios equilíbrios, sem ingerência alguma dos poderes públicos.<sup>353</sup>

A autorregulação segue uma racionalidade distinta da racionalidade própria da regulação estatal. Nesta última, a globalização tem tido um impacto cada vez mais significativo na forma como a lei é percebida. Os legisladores nacionais não são mais centrais para o processo legislativo. Novos atores e novas fontes de regras, se elas podem ser chamadas de "direito" ou não<sup>354</sup>, têm aparecido sob a forma de direito transnacional ou supranacional.

Legislar de forma global enseja a criação de regras legais numa ordem jurídica internacional ou em várias camadas, o que é diferente da legislação nos sistemas jurídicos nacionais. Múltiplos atores, que desenvolvem regras em diferentes níveis de regulação, podem estar envolvidos. A substância dessas regras pode divergir, significativamente, porque, nesse formato de legislação, vários atores diferentes estão envolvidos, com papéis e objetivos diferentes<sup>355</sup>.

Günther Teubner<sup>356</sup>, asseverou que a produção do Direito já não é mais relacionada com os objetivos de limitação jurídica dos poderes estatais; mas, sobretudo, a regulação de dinâmicas policêntricas associadas com a circulação de modelos normativos, de capitais, de pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais.

Neste ponto se observa uma clara confluência dos argumentos aqui reunidos, visto que, o sucesso do modelo proposto de cooperação e governança em sede de persecução penal transnacional perpassa por meios de regulação segundo

---

353 DANACULLETA I GARDELLA, Maria Mercé. **Autorregulación y derecho público**: La autorregulación regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 35.

354 "Dizer que esse algo é direito porque afeta os comportamentos e dizer que tanto este algo – outra coisa que não direito – quanto o direito afetam os comportamentos, são afirmações equivalentes e têm exatamente o mesmo peso na descrição da realidade fática. A questão ganha em importância, no entanto, quando, ao perguntar se algo é direito, estamos de fato perguntando se esse algo pertence a uma ordem jurídica específica. Nesse sentido, há uma diferença entre perguntar se uma prescrição dada, contida em um particular tipo de instrumento, é, falando genericamente, direito em sua natureza, e perguntar se essa prescrição é parte integrante do, digamos, direito internacional público." (NASSER, Salem Hikmat. *Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo*. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015. p. 98-126).

355 MAK, Vanessa. Normative Standards and Global Law-Making. **Tilburg Law Review**. vol. 17. ed. 2, p. 241-249. Tilburg: Tilburg University, 2012.

356 TEUBNER *et alii.*, 2004.

os quais cada ator possa influir em seu processo de regulação, muitas vezes, aproveitando espaços não ocupados pela legislação estatal, constituindo um modelo de autorregulação regulada. É preciso que amplas e substanciais redes de cooperação consigam normatizar os meios de persecução penal, não bastando apenas a similaridade de tipos penais, meios de processamento de cartas rogatórias e admissibilidade de *exequatur*.

Esses atores são dependentes uns dos outros, embora, algumas vezes, possam ter interesses fundamentalmente diversos. Essa dependência é aprofundada em um sistema que aumenta a autoridade e a legitimidade de cada um dos atores por meio de suas interações regularizadas.

*Together, these actors produce a complete system of regulation, from legislation to enforcement, that are focused and limited in scope but dynamic and effective within its limits and growing. Within these systems, grounded in the relationships in individual TNCs with NGO, media, customer and investor communities, the role of the state and other public bodies becomes secondary rather than primary, and it becomes difficult to determine, at the international level, whether law is being sourced from consensus in private behavior or legal norms developed through the deliberative political process.*<sup>357</sup>

Alguns crimes de caráter transnacional caracterizam-se pelas movimentações financeiras que realizam, tais como o tráfico internacional de drogas, a corrupção e o terrorismo. Para tanto, usam de subterfúgio o processo denominado de lavagem de dinheiro, tipificado no artigo 1º da Lei 9.613 de 3 de março de 1998:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

---

357 “Juntos, esses atores produzem um sistema completo de regulamentação, desde a legislação até a fiscalização, que são focados e limitados, mas que são dinâmicos e eficazes dentro de seus limites e que estão em crescimento. Dentro destes sistemas, fundamentados nas relações entre empresas transnacionais individuais com ONGs, mídia, clientes e comunidades de investidores, o papel do Estado e de outros órgãos públicos torna-se secundário e não primário, e torna-se difícil determinar, em nível internacional, se a lei está sendo originada do consenso entre os atores privados ou se são normas legais desenvolvidas através do processo político deliberativo.” (tradução livre) (BACKER, Larry Catá. **Reifying Law - Government, Law and the Rule of Law in Governance Systems**. 6 Penn St. Int’l L. Rev. 521 (2007-2008). <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/psilr26&div=24&id=&page=acesso>. Acesso em: fev. 2007).

§ 1º. Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º. Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei<sup>358</sup>.

O crime consiste na dissimulação de vantagens financeiras obtidas por meios ilícitos. O processo implica na localização e identificação destas movimentações financeiras objetivando bloquear a proliferação do capital das organizações criminosas.

A colaboração do sistema financeiro, por conseguinte, faz-se de total relevância na apuração das lavagens de dinheiro. Nesse sentido, emerge em relevo, para corroborar no processo de combate aos crimes transnacionais, os institutos da autorregulação e da autorregulação regulada.

Para fins de exemplo, citando o cenário nacional, em 2008 foi criado, pela Federação Brasileira de Bancos, o Sistema de Autorregulação Bancária. Um sistema de normas criado pelas próprias instituições financeiras, objetivando uma atuação bancária, frente ao mercado, de forma clara e transparente. Pauta-se nos seguintes princípios: ética e legalidade, respeito ao consumidor, melhoria contínua e comunicação eficiente. Portanto, a autorregulação bancária visa a melhoria do sistema financeiro.

---

358 BRASIL. Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm). Acesso em: 25 de abril de 2018.

Tal sistema é regido pelos seguintes instrumentos normativos: o Código de Autorregulação Bancária, os Normativos aprovados pelo Conselho de Autorregulação e as Decisões da Diretoria de Autorregulação e do Conselho de Autorregulação. Destaca-se entre os normativos, interessante para esse estudo, o Normativo de Prevenção e Combate a Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo.

O mencionado normativo entrou em vigor em 14 de agosto de 2013, seu artigo 1º sintetiza o objetivo principal desse mecanismo legal de autorregulação.

Art. 1º A Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN considera que a Prevenção e o Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo é um objetivo primário para um sistema financeiro saudável, ético e eficiente, em conformidade com a lei, considerado condição essencial para o desenvolvimento econômico e social do Brasil. Ao estabelecer este normativo, as “Signatárias” reforçam o compromisso com os seus clientes e com a sociedade brasileira contra a lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, alcançado pelo rigoroso cumprimento das normas vigentes, da cooperação com os diversos órgãos do governo e autoridades policiais, legislativas e judiciárias e pelo estabelecimento de procedimentos operacionais padronizados<sup>359</sup>.

Observa-se também que a seara da cooperação faz-se presente, tal como os órgãos de segurança pública. As instituições bancárias firmam esse compromisso com as entidades estatais, somando esforços no combate à criminalidade internacional, uma vez que a lavagem de dinheiro implica a utilização do sistema financeiro.

Além disso, a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo passa pelos princípios da ética e da legalidade, da colaboração com as autoridades públicas, bem como da melhoria contínua. Em suma, a autorregulação consiste num sistema normativo interno para se evitar operações financeiras ilícitas.

---

359 FEBRABAN. Normativo 011/2013. Prevenção e combate À lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Disponível em: <http://cms.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20011.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

A lavagem de dinheiro constitui-se em crime cuja combatividade é deveras difícil, pois há peculiaridades inerentes a ele, tais como:

[...] (a) seu caráter transnacional, (b) sua inserção no informatizado e dinâmico sistema financeiro, (c) o fato de envolver as mais complexas e poderosas organizações criminosas como suas principais praticantes, assim como (d) os crimes com os quais a lavagem se relaciona, considerando que, pela lei, seria qualquer crime ou contravenção, mas tendo em mente que a relação se dá de modo mais acentuado com aqueles crimes e contravenções que movimentam mais dinheiro, no Brasil particularmente o tráfico de entorpecentes, a corrupção, a sonegação fiscal, a evasão de divisas e a exploração de jogos de azar<sup>360</sup>.

A autorregulação, por conseguinte, consiste num sistema de normas internas que visam a prevenir a instituição de negociações de cunho ilícito. Além das instituições bancárias pode também ser aplicado às instituições de cunho empresarial, mormente, às multinacionais, considerando que as últimas são atores transnacionais.

O teor dos argumentos produzidos até então apontam para a confirmação da tese de Reisman, segundo a qual, sempre quando se fala em lei, está-se falando em comunicação entre três elementos: o conteúdo; um certo sinal de autoridade (que não requer muita estruturação) e a intenção de fazer esse acordo efetivo. E uma lei pode ser “*soft*” em todos esses elementos<sup>361</sup>. Isto é, o modelo de persecução penal de delitos transnacionais não demanda, única e exclusivamente, a intervenção estatal hegemônica e totalitária.

Novamente, a defesa da presente tese, sinaliza a viabilidade de acordo efetivo (cooperação e governança) conduzido por atores dos procedimentos persecutórios no gozo de sua autoridade, com habilidade para estabelecer marcos normativos efetivos aos desafios dos crimes transnacionais.

Considerando o exposto no que toca ao crime de lavagem de dinheiro, o qual está intrinsecamente ligado a outros crimes de cunho transnacional, evidencia-

---

360 OLIVEIRA, José Carlos de; AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e. O Modelo de Autorregulação Regulada e a Teoria da Captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. **Quaestio Iuris**. Vol. 10, nº 01, Rio de Janeiro: UERJ, 2017. p. 368.

361 REISMAN. A Hard Look at Soft Law. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/750/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/750/). Acesso em: 09 abril 2017.

se que sua resolução é tarefa deveras difícil, de tal sorte que o Estado delega aos particulares algumas tarefas no intuito de colaboração, nisso reside a autorregulação regulada.

Por isso, o Estado, assumindo sua incapacidade de controlar o problema sozinho, termina por também criar deveres para os particulares visando à prevenção contra a lavagem, neste caso valendo-se do fato de que este é um delito que ocorre em sua grande parte dentro do sistema financeiro e este, por sua vez, é controlado por diversas entidades da Administração Pública que se destinam a regular os serviços públicos bancários e financeiros<sup>362</sup>.

Em outras palavras, aquela atividade de autorregulação do sistema financeiro, com o advento da referida Lei 9.613/1998, além da tipificação do crime de lavagem de dinheiro, estabelece diretrizes para a prevenção do sistema financeiro no que tange aos ilícitos, entre estas, a atribuição de deveres aos particulares, isto é, insere no Brasil o denominado sistema de autorregulação regulada.

Os mencionados deveres, em suma, consistem na identificação dos clientes e manutenção de um cadastro atualizado, registro de toda transação financeira tanto nacional quanto estrangeira, políticas de controle de suas operações, cadastro no órgão regulador ou fiscalizador. Já ao Banco Central compete a manutenção de cadastro geral dos clientes das instituições financeiras.

Além disso, as instituições financeiras deverão informar aquelas operações com indícios de crime, isto é, a obrigação de comunicação de operações financeiras.

Cabe ressaltar que no artigo 9º da mencionada lei, estão elencadas as pessoas que estão sujeitas ao mecanismo de controle.

Art. 9º. Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento

---

362 OLIVEIRA *et alli.*, 2017.

cambial; III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários<sup>363</sup>.

Entre essas pessoas cabe destacar, por exemplo, as bolsas de valores, as seguradoras, as corretoras de seguros, as administradoras de cartões, em suma, pode-se afirmar que a autorregulação regulada implica na obrigação, das instituições que compõem todo o sistema financeiro, de manter um nível de organização tal que evite a ocorrência dos delitos e de informar qualquer operação financeira que se caracterize como suspeita.

Em âmbito nacional, percebe-se que ao menos no sistema financeiro há a aplicação dos sistemas de autorregulação e autorregulação regulada. Contudo, tais sistemas também são cabíveis em âmbito empresarial, de modo que a experiência internacional denota que as empresas estão adotando o chamado sistema de *compliance*.

*Compliance* evoluiu de um princípio da atividade empresarial para um instituto jurídico através do qual as empresas ou instituições exercem uma correção ou uma autorregulação regulada visando organizarem-se para evitar atividades ilícitas e identificarem operações suspeitas.

Os novos mecanismos de prevenção, orientados em maior ou menor medida pela “cultura de *compliance*”, vêm silenciosamente decretando a perda de funções do Estado no enfrentamento dos delitos econômicos, cedendo espaço a um movimento global de “autoconstitucionalização” promovido pelos códigos de conduta corporativos<sup>364</sup>.

Em outras palavras, *compliance* vem se afirmando como mecanismo de autorregulação cedendo ao particular deveres dos Estados, principalmente, no que concerne ao combate a ilegalidades. Corroborando com o já exposto à medida que com o advento da globalização e o conseqüente relevo de novos atores em âmbito transnacional, o direito emerge de outras fontes que não as tradicionais, nesse sentido, a autorregulação é um exemplo. Além disso, em âmbito empresarial,

---

363 OLIVEIRA *et alli.*, 2017, p. 368.

364 DINIZ, Eduardo Saad. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 2, n.1, 2014.

considerando a competição característica do sistema capitalista, um sistema de autorregulação é essencial à credibilidade no mercado.

Esquemáticamente, os programas de *compliance* em seu sentido mais amplo referem-se à adoção de política de prevenção a infrações econômicas, mediante implementação de mecanismos de controle interno e canais de comunicação externos, orientados por diretrizes básicas de governança regulatória.

Contudo, no que toca à responsividade aos crimes transnacionais, esbarra-se no problema da falta de uma legislação padronizada em âmbito internacional. Todavia, este não pode ser um óbice intransponível. A defesa do uso de padrões de autorregulação sustentam uma “virada de Copérnico”, capaz de viabilizar cooperação e consensualidade em sede de persecução penal, quando os atores envolvidos nos respectivos procedimentos, em razão dos tipos delitivos, pactuam de modo fragmentado os meios de execução da investigação penal. Nesse campo, encontra-se a efetividade e a eficácia da autorregulação regulada para a persecução penal dos crimes transnacionais.

No que tange às possíveis críticas, há que se exemplificar, a partir de outras matérias jurídicas, o sucesso da autorregulação regulada, tal como na *lex mercatoria*, *lex sportiva*, *lex digitalis*, patentes e modelos de utilidade, standardização técnica, mercado futuro de commodities e transparência e acesso à informação.

Ademais, tendo em vista que os Estados vêm perdendo cada vez mais seus papéis de relevância nas relações internacionais para outros atores que navegam em âmbito transnacional, importante se faria, no combate à criminalidade, criar um paradigma de autorregulação e autorregulação regulada nessa seara adentrando, especialmente, pela noção de cooperação. Além do mais, conforme já sinalizado por Luigi Ferrajoli, nos casos de criminalidade de elevada complexidade (terrorismo e/ou transnacional), o processo penal isolado é impotente e meramente retórico<sup>365</sup>.

Considerando, que os principais crimes de caráter transnacional visam, especialmente, a captação de recursos, a cooperação do sistema financeiro faz-se

---

365 FERRAJOLI, 2007, p. 364.

componente importante no processo de responsividade a estes delitos, assim, a autorregulação e a autorregulação regulada constituem-se em ferramentas preponderantes para a identificação e combate dessas atividades ilícitas.

Enfim, a transformação dos subsistemas que integram o Estado e a sociedade conduzem à mutação dos instrumentos de atuação próprios. Está-se diante de um novo modelo de Estado que, na sua função de garante, ensina novas formas de regulação que levam em consideração a capacidade autorreguladora da sociedade, instrumentalizadora ao serviço dos interesses comuns. Trata-se de um sistema de freios e contrapesos que visa à harmonização de dois sistemas: regulação e autorregulação. No que tange ao aspecto penal, o que se observa é o embate entre as matrizes punitivistas com a emergência de padrões de consensualidade.

#### **4.4 PUNITIVISMO E CONSENSUALIDADE**

Considerando os argumentos amealhados acima, torna-se possível aferir que a persecução penal frente aos delitos transnacionais não pode ser encarada sobre os auspícios da hegemonia estatal. O surgimento de novos atores, novas demandas e novos comportamentos criminais, faz com que o Direito precise escapar do senso comum para, juridicamente, possibilitar meios de responsividade.

O punitivismo pelo punitivismo não se mostra efetivo, no máximo, cria simulacros, mitologias e/ou seletivismos. Quando a fragmentação do Direito pelos caminhos da transnacionalidade cria espaços para a consensualidade pela cooperação e pela governança, o Direito processual penal, especialmente na persecução penal, deve valer-se de tais preceitos.

Defende-se que para cada natureza delitiva, isto é, crimes transnacionais – de ordem financeira, lavagem de capitais, tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de pessoas, tráfico de partes humanas, comércio de material genético e outros – precisa haver formas de investigação conforme padrões específicos, parciais-totais, segundo modelos de autorregulação definidos entre os atores envolvidos, afastando modelos abstratos.

A cooperação, a governança e a autorregulação regulada em sede de persecução penal criam subsídios hábeis para a punição de crimes transnacionais, muito mais consensuais. São formas de responsividade penal em relação aos delitos, ou seja, constituem-se em políticas criminais, tendências de tratamento a que os criminosos devem ser submetidos após o cometimento do crime.

O punitivismo, em suma, consiste na punição severa dos criminosos fazendo valer o rigor do direito penal e da aplicação da pena. Já o consensualismo caracteriza-se por medidas alternativas de punição baseadas, principalmente, no consenso das partes envolvidas – vítima e acusado. São correntes dicotômicas que emergem frente à evolução do direito penal e processual penal. Passa-se a pormenorizá-las.

O punitivismo ressalta a supremacia do direito penal:

Os punitivistas admitem que o Direito penal seja o mais eficaz (e mais necessário) instrumento de controle social. O Direito penal, assim, não surge (nessa visão parcial e reducionista) como *ultima ratio* (último instrumento a ser utilizado em favor da proteção de bens jurídicos), sim, como *prima* ou *solo ratio*. Propugnam, em suma, por um Direito penal máximo<sup>366</sup>.

Para essa corrente o direito penal assume papel primordial no controle social e deve ser aplicado com rigor frente àqueles indivíduos que violaram a legislação. Com a evolução da criminalidade, consequência do processo de globalização, esta tendência torna a ganhar força.

Ao utilizar da tutela penal com o intuito de prevenir os riscos inerentes à vida moderna, o Estado inicia uma expansão, muitas vezes desnecessária e criticada, do Direito Penal. Hoje vivemos em um paradoxo, busca-se “menos Estado social, menos Estado interventor, mas mais Estado punitivo, mais Estado securitário”. Em razão do aumento da sensação de insegurança provocada também pela criminalidade moderna, é disseminada a ideia de que apenas um Estado punitivo é apto a triunfar sobre esta criminalidade e, calcado nesta retórica, surgem aqueles que propõem a redução de direitos, liberdades e garantias fundamentais<sup>367</sup>.

---

366 GOMES, Flávio Luiz; BIANCHINI, Alice. Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal. In: **Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERU**. 2. ed., v. II, p. 1-31, s.d. Disponível em: <https://vdocuments.mx/direito-penal-do-inimigo-segunda-edicion.html>. Acesso em: 20 jul. 2015.

A contradição reside no fato de, sob o ponto de vista econômico, optar-se por um Estado não interventor e, sob o ponto de vista criminal, por um Estado securitário. Em outras palavras, a assunção de um neoliberalismo econômico e de um punitivismo penal.

Esse punitivismo, contudo, pode ser identificado por grupos, considerando suas experiências internacionais, assim, tem-se algumas práticas de cunho retribucionista e outras, prevencionistas.

De caráter retribucionista, pode-se elencar o direito penal como instrumento de opressão e de contrapoder. O primeiro tipo caracteriza-se pela utilização do direito penal como dominação, com alto grau de intensidade inclusive para os delitos de menor potencial ofensivo. Como exemplos, pode-se citar o programa americano de “Tolerância Zero” e o movimento da “Lei e da Ordem”. Já o segundo tipo visa a um direito penal como instrumento de transformação da sociedade à medida que deve punir e controlar as classes poderosas.

Por conseguinte, de caráter prevencionista, o direito penal pode ser aplicado como instrumento promocional de determinados bens jurídicos, de estabilização da norma, bem como de segurança face às ameaças da sociedade moderna. O primeiro grupo encara o direito penal como plataforma de manifestação de interesses à medida que defende a criminalização de determinadas condutas que julga prejudiciais, por exemplo, grupos feministas. O segundo grupo assevera um direito penal como meio para afirmar a força da norma, tal como os defensores do chamado “direito penal do inimigo”. O último desdobramento do direito penal prevencionista assevera que este é o único meio capaz de garantir a segurança da sociedade frente aos riscos oriundos da modernidade.

O ponto comum que une todas as correntes que acabam de ser resenhadas reside, sem sombra de dúvida, na ideologia do *punitivismo*, que idolatra o Direito penal assim como sua concreta e intensa aplicação, ainda que de modo desproporcional e antigarantista. Propugnam por novas normas penais para serem aplicadas efetivamente, apregoam o endurecimento das penas assim como do regime de sua execução, sustentam cortes de garantias legais e constitucionais etc. Levantam a bandeira do Direito penal

*máximo*. São adeptos, por conseguinte, de uma Política criminal *maximalista*, fundada basicamente na política penal. A essência da Política criminal seria a política penal<sup>368</sup>.

O punitivismo, portanto, estabelece-se como política criminal que coloca em voga o direito penal e, sobretudo, sua exacerbada aplicação. Caracteriza-se primordialmente pelo rigor na aplicação da lei.

Além disso, tal política criminal manifesta-se também considerando suas ramificações elencadas no supracitado, pelo enfoque a determinados crimes e determinados sujeitos.

Os inimigos do punitivismo: os que defendem o Direito penal como instrumento de dominação visam a castigar os miseráveis, pobres, marginalizados, toxicômanos, favelados, excluídos, homossexuais, prostitutas etc.; os que sustentam o Direito penal como instrumento de contrapoder visam a controlar e punir “os poderosos”, os criminosos organizados, máfias, lavadores de capitais, empresários, quadrilheiros, políticos, funcionários corruptos, parlamentares fraudulentos etc.; os que pregam o Direito penal como instrumento de promocional de específicos bens jurídicos, visam a punir o criminoso ambiental, o autor de crimes sexuais, quem viola os direitos dos consumidores etc.; os que defendem o Direito penal como instrumento de estabilização da norma visam a sancionar os infiéis ao Direito, que revelam pouca afeição à norma; os que propugnam por um “Direito penal moderno”, que ofereça segurança contra os riscos da sociedade pós-industrial, visam a castigar quem exerce profissões ou atividades técnicas arriscadas, empresários que ocupam posição de comando nas empresas, profissionais liberais que criam riscos proibidos em suas atividades, criminosos organizados etc<sup>369</sup>.

Em outras palavras, o punitivismo se pauta num direito penal máximo frente às instabilidades da sociedade e das estratificações sociais que não coadunam com as normas estabelecidas e que, em face dessas correntes, são consideradas desestabilizadoras da convivência social.

Todavia, esse sistema encontra-se em colapso, uma vez que sua eficácia vem sendo largamente contestada, bem como seu alto grau de potencialidade à

---

368 GOMES; Flávio Luiz; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 330 ss.

369 GOMES *et al.*, 2006.

violação de direitos humanos. Frise-se que esse sistema visa um rigor na aplicação da pena, de tal sorte que a privação da liberdade constitui-se em máxima constante.

Não obstante, em um nível mais alto de abstração, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos<sup>370</sup>.

Em outras palavras, o sistema punitivo seleciona os bens jurídicos a proteger de maneira a estabelecer um público alvo a punir, geralmente, os menos privilegiados econômica e politicamente, nesse cenário de relações eminentemente capitalistas.

Ainda corroborando com a severidade na aplicação das penas, característica essencial do sistema em comento, o cárcere constrói-se como horizonte de efetivação desta e, principalmente, como a opção primordial, senão única, de recuperação do criminoso.

A instituição serve, antes de tudo, para diferenciar e administrar uma parte dos conflitos existentes na sociedade como “criminalidade”, isto é, como um problema ligado às características pessoais dos indivíduos particularmente perigosos, o qual requer uma resposta institucional de natureza técnica, isto é, a pena ou o tratamento do desviado. Em segundo lugar, o cárcere serve para a produção e reprodução dos “delinqüentes”, ou seja, de uma pequena população recrutada, dentro daquela muito mais ampla do que os infratores, nas camadas mais débeis e marginais da sociedade. Por último, o cárcere serve para representar como normais as relações de desigualdade existentes na sociedade e para a sua reprodução material e ideológica<sup>371</sup>.

O encarceramento, atualmente, erroneamente se estabelece como medida eficaz de combate e recuperação da criminalidade aos olhos da legislação, no entanto, citando o Brasil como exemplo, a crise desse sistema está cada vez mais em relevo, uma vez que o alto grau de reincidência demonstra sua ineficácia. Soma-se ainda, o ambiente insalubre, a superlotação, a impossibilidade de se separar os apenados por grau de periculosidade, entre outras causas que

370 BARATTA, Alessandro. **Princípios do Direito Penal Mínimo**: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite do direito penal. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 623-650.

371 BARATTA, 1987, p. 623-650.

contribuem para esse cenário. Nele, tem-se ainda o recrutamento por parte do crime organizado, que domina os presídios, promovendo, inclusive, guerras entre facções na disputa desses territórios, tais como os ocorridos entre os denominados Família do Norte e Primeiro Comando da Capital. Logo, evidente que, no cenário apresentado, a pena, enquanto medida de reprovação e prevenção do crime, não atinge seus objetivos.

Vera Andrade sintetiza a ineficácia do sistema, no que tange as suas promessas, na seguinte assertiva:

1º) A promessa de proteção de bens jurídicos, que deveriam interessar a todos (isto é, do interesse geral), como a proteção da pessoa, do patrimônio, dos costumes, da saúde, etc.; 2º) A promessa de combate à criminalidade, através da retribuição e da prevenção geral (que seria a intimidação dos criminosos através da pena abstratamente cominada na Lei penal) e da prevenção especial (que seria a ressocialização dos condenados, em concreto, através da execução penal) e 3º) a promessa de uma aplicação igualitária das penas<sup>372</sup>.

Desse modo, percebe-se que o modelo punitivista é defeituoso e tem de ser repensado à luz de novas tendências, pois, como afirma Alessandro Baratta, “o sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver, no lugar de compor conflitos, reprime-os [...]”. Nesse sentido, frente a estas políticas criminais de cunho punitivista, surgem alternativas criminais não punitivistas, tais como as correntes abolicionista e minimalista. A primeira, sugere o término do direito penal, pois conclui que este sistema é aplicado somente sobre os menos desfavorecidos. Já a segunda corrente propõem uma aplicação mínima do direito penal, tendo em vista seu caráter repressivo.

Outra tendência criminal em resposta às políticas punitivistas, vislumbra-se na corrente denominada de garantismo penal.

O devido processo penal justo é a garantia constitucional que todo e qualquer indivíduo, residente ou não no país, nacional ou estrangeiro, tem de que, só em casos excepcionais, será privado de sua liberdade de locomoção. O fracasso do Direito

---

372 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo**: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. Palestra proferida no "Seminário Internacional Criminologia e Feminismo" promovido pela Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, em 21 de outubro de 1996 na cidade de Porto Alegre-RS.

Penal, com suas normas proibitivas, de impedir a agressão do indivíduo à sociedade, bem como, a impossibilidade do Estado administrador de auto-executar suas normas de conduta, exercendo seu poder de polícia, impedindo a lesão de bens jurídicos penalmente protegidos, faz nascer a pretensão processual penal com o escopo não só de aplicar as sanções descritas nas normas penais violadas, mas, primordialmente, assegurar ao indivíduo-acusado os direitos previstos na Constituição de seu País<sup>373</sup>.

Destarte, o garantismo consiste na aplicação de um processo penal sem a violação dos direitos fundamentais, dito de outro modo, é a aplicação da lei penal com a garantia do respeito aos direitos humanos do acusado.

Contudo, com o processo de globalização, a assunção de novos atores nas relações de Direito Internacional, bem como as novas fontes do Direito num cenário autorregulatório, surgem novas possibilidades no que toca ao processo penal e a solução dos conflitos.

Com efeito, da mesma forma que a modernização dos serviços públicos e dos modos de regulação política parece exigir a substituição da estrutura autocrática e hierarquizada de tomada de decisão por um modelo mais horizontal, por via de consequência, a modernização da prestação jurisdicional, especialmente a que envolve a situação conflituosa no âmbito penal, parece requerer a substituição do modelo tradicional centrado na defesa da ordem pública por um sistema de justiça criminal de consensualidade centrado no diálogo e negociação, uma “justiça de proximidade” mais humana, mais simplificada, mais cidadã. Uma realidade em que se vêem brotar e tomar corpo os caminhos alternativos que, diante do equilíbrio social rompido, estruturam-se no sentido de solucionar as controvérsias<sup>374</sup>.

Desse modo, surgem políticas penais baseadas no consensualismo, sistema este onde as partes adquirem papel de relevância no processo, tendo em vista que objetiva chegar a um meio termo, a dizer, a um consenso.

Corroborando com o exposto e colocando o consenso como supedâneo do processo penal, vê-se surgir outros institutos, tais como, a conciliação, a

---

373 RANGEL, Paulo. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. **Revista de Estudos Criminais EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, 2005. p. 183.

374 NOBRE DA SILVA, Maria Coeli *et al.* **Justiça restaurativa e mediação: consórcio relevante e indivorciável para conduzir o conflito jurídico-penal**. Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, 2013.

mediação e a arbitragem, constituindo, assim, um sistema denominado de justiça restaurativa que tem como principais características:

a) a prioridade é do diálogo mediado em vez da função de julgar do juiz; b) os interesses das partes envolvidas superam à aplicação da lei; c) facilitar é mais útil que avaliar; d) encontrar uma solução conciliatória é mais produtora do que a ordem emanada do juiz; e) finalmente, o assentar da controvérsia gera mais efeitos que a decisão do juiz. Isto porque aborda a questão criminal na perspectiva de que o crime é uma violação nas relações entre as pessoas e não apenas um ato típico e antijurídico praticado contra a sociedade representada pelo Estado, e que por causar mal à vítima, à comunidade e ao próprio autor do delito, todos esses protagonistas devem se envolver num processo de restauração de um trauma individual e social<sup>375</sup>.

Nisso baseiam-se as políticas criminais de cunho consensualista, que se constituem como alternativas frente às políticas criminais de caráter punitivista.

Descortina-se, como alternativo, o modelo de justiça restaurativa com práticas inovadoras de consenso. Ao contrário do sistema convencional, afasta-se da cultura da legalidade para cultivar a da legitimidade e do predomínio da dogmática pela dialética da transformação social, superando-se os encontros nas relações interpessoais, (comum no modelo retributivo), valorizando a vontade das partes e respeitando as regras destas<sup>376</sup>.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, por conseguinte, coloca-se em relevo o respeito e as garantias fundamentais, inclusive na aplicação do direito penal e do processo penal, desse modo, políticas criminais baseadas no consensualismo ganham força.

A responsividade processual penal frente aos delitos transnacionais não pode fugir da discussão das atuais tendências não punitivistas à medida que, como já demonstrado, um processo penal de cunho internacional tem de ter por princípio os direitos humanos.

Diante de fenômenos como a criminalidade organizada transnacional, a defesa de efetivo modelo cooperativo de persecução penal pautado por Direitos

---

375 *Id. Ibid.*

376 *Id. Ibid.*

Fundamentais e Direitos Humanos, fundamenta a importância de proteger as garantias relativas à pena e, antes, o processo de formação de culpa. Desse modo, tipificar, investigar, oferecer denúncias e imputações, fixar oportunidades de defesa e contraditação para, ao final, julgar, exige o tratamento transnacionalizado equacionado com a circulação efetiva e paritária de garantias processuais. Estas garantias perenizam os limites e controles aos poderes, mas, diante das mudanças nas estruturas normativas advindas da globalização, necessitam estar presentes não apenas como exercício do poder de império dos Estados, mas nos atos de cooperação institucional e nos expedientes de *soft law* e autorregulação, de modo que, quanto mais difusa for a pretensão de combate à criminalidade transnacionalizada, maior responsividade haverá através do processo penal.

Por tais razões, a defesa que se faz na presente, visa a demonstrar a emergência de um novo modelo de processo penal, capaz de responder com efetividade aos desafios das condutas criminais transnacionalizadas. Em que pese a discussão sobre modelos inquisitoriais, acusatoriais e/ou mistos, a necessidade supera tais posições em razão da real capacidade dos Estados nacionais em conseguirem ordenar os fluxos sociais. Os argumentos retroexpostos demonstram as limitações dessa crença. Não por outra razão, que se sustente a condição difusa de combate à criminalidade transnacionalizada e a urgência de um processo penal consensual e cooperativo entre jurisdições internacionais, nacionais e os novos atores. Está claro que princípios nucleares como a territorialidade e a legalidade carecem de ressignificação para dar conta das novas demandas. Nesse quesito, as fases de persecução penal, os procedimentos preparatórios das sentenças e os cumprimentos de decisões judiciais estrangeiras não podem ficar restritos apenas às cartas rogatórias e à *exequatur*.

Finalmente, há que se reiterar o merecido destaque para a virada paradigmática operada no núcleo do processo penal a partir dos fluxos de globalização do jurídico e do transnacionalismo. A emergência de novas demandas, novos atores, novos direitos e novas lesões à bens jurídicos relevantes, sem um claro e preciso confinamento territorial impõe a premência de se equacionar soluções dotadas de eficácia e efetividade para a respectiva proteção jurídica da pluralidade de indivíduos e instituições impactadas pelo transnacionalismo e pela criminalidade transnacionalizada, especificamente.

O espraiamento do fenômeno da globalização jurídica ressignifica por completo instituições políticas, sociais, jurídicas e econômicas. Não restam incólumes a estrutura e função do Estado, os atos e sistemas processuais penais, os bens jurídicos em tutela e os sujeitos de cada tipo penal. Formas de Estado são importantes para a compreensão do percurso realizado e das experiências acumuladas. Sistemas processuais mais democráticos ou mais impositivos revelam o itinerário para a formação da culpa. A mudança dos bens jurídicos relevantes, penalmente tutelados, sinaliza os riscos inerentes à vida intersubjetiva. Todavia, todos esses elementos devem compulsoriamente ganhar iluminação nova pela virada produzida no âmbito do princípio da territorialidade, advindo dos atributos clássicos do Estado Moderno e que, atualmente, carece ser superado, em favor da efetividade e eficácia do processo penal.

Em matéria de criminalidade transnacional, a vinculação ao princípio da territorialidade é de baixa relevância, beirando a insignificância. Os contornos atuais dos fenômenos estudados apontam para a necessidade de cooperação institucional e diálogos entre autoridades estatais e transnacionais no enfrentamento dos respectivos atos delitivos. A conservação da visão maniqueísta da territorialidade do processo penal, no atual contexto, serve para retroalimentar e criar espaços apropriados para a criminalidade transnacional. Quanto maiores forem os hiatos e discrepâncias na processualidade penal de Estados nacionais, tanto melhor para a atividade criminal transnacional, a qual poderá transitar evasivamente por jurisdições nacionais e programar eficientemente seus custos e benefícios, criando claro risco e prejuízo aos indivíduos direta ou indiretamente, difusa ou individualmente vitimados.

Noutro lado, não há que se perder de vista a emergência de atores tipicamente transnacionais, sem vínculos com Estados ou Organizações Internacionais, que avançam em passos largos no controle, prevenção e fixação de padrões normativos para enfrentamento de infrações específicas (escravidão, *lobby*, corrupção, venda de órgãos humanos, experimentação genética), seja por meio de autorregulação ou *soft law*. Desse modo, não parece oportuno desdenhar desses expedientes e da sua capacidade de cogência e efetividade, pois muitos desses atores gozam de autoridade equivalente a Estados nacionais.

Por tudo isso, a cooperação transnacional em matéria de processo penal deve ser recepcionada não como mera opção de Estados soberanos, ou intercâmbio sob a responsabilidade de representantes diplomáticos. O mesmo se pode arguir sobre a premência de utilização da consensualidade no processo penal, afinal, cooperação e consensualidade são expressões gêmeas para o modelo de efetividade de processo penal que se propõe para demandas e bens jurídicos transnacionais, deixando em nível secundário o apego irrefletido ao princípio da territorialidade.

Todavia, tal processo de cooperação transnacional para delitos transnacionais carece superar o problema da produção/regulação de acordos hábeis para tal desiderato, num lado e noutro e na capacidade de tutelar pessoas em sua essência, transcendendo a figura da proteção de capitais, de grupos de interesse e da incolumidade pública, através de expedientes de maior consensualidade e moderado punitivismo.

Amarrar-se ao punitivismo, além dos problemas humanísticos, apenas ressaltaria a discussão sobre os limites da soberania dos Estados para punir os seus nacionais, o que impõe duras zonas de intransposição<sup>377</sup>.

Por tais razões, que se somam ao contexto da tese, a proposta que se apresenta versa na construção de acordos-quadros de governança e cooperação transnacionais, produzidos em alinhamento com institutos de autorregulação regulada, fruto de forças catalisadoras desprendidas por cada ator estratégico da persecução penal, com o propósito de viabilizar o combate aos crimes transnacionais por meios efetivos, eficazes e eficientes, não apenas por cartas rogatórias, extradições e *exequatur*.

Como forma de persuasão pode ser validado e aprimorado o modelo desenvolvido no âmbito do sistema europeu, decorrente do Tratado de Lisboa, no campo que dispôs sobre a estruturação de um Tribunal Europeu, sem negação das jurisdições nacionais, pelo contrário, potencializando-as e lhes destinando maior efetividade.

Em sentido equivalente, também há que se invitar esforços para, tal qual no século XVII, quando dos Tratados de Paz da Vestfália, propiciar um ambiente hábil para celebração de tratados e demais meios jurídicos, com envergadura suficiente para contemplar os meios de cooperação transnacional em matéria de persecução penal.

Simultaneamente, que tragam uma nova tônica, na qual a consensualidade

e a colaboração entre os sujeitos do processo se sobreponha ao afã da punição, da privação de liberdade, bens e direitos, e do encarceramento. Sem a adição de tais elementos, apenas será conservada a mesma essência, mas por outras roupagens.

---

377 MONTE, Mario João Ferreira. Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: uma Visão Transconstitucional. *In* \_\_\_\_\_; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34-36.

Se a autorregulação regulada de acordos-quadros para a cooperação transnacional conforme cada tipo de delito transnacional é o meio de maior sucesso, a consensualidade será a substância fundamental para a pactuação dos respectivos modelos normativos. Defende-se que, através desta sistemática, será possível promover expedientes de persecução penal transnacional, sem ilegalidades, com previsibilidade e segurança jurídica, não apenas para grupos de interesse, mas também para cada indivíduo.

Ao tempo em que no processo penal clássico, cada tipo penal possuía padrões específicos de rito e procedimento para a formação da culpa, no combate aos delitos transnacionais, não se pode ter uma ideia diversa. A diferença está na forma consensual e transnacional para que, por meio de práticas de governança, os atores habilitados, possam pactuar sobre as práticas adequadas e juridicamente válidas, competindo aos Estados atribuições de regulação daquilo que já está construído transnacionalmente.

Para que não restem dúvidas sobre a viabilidade do modelo, cita-se os mecanismos contra lavagem de dinheiro, criados e aprimorados pelo GAFI e pelo Comitê da Basileia, que padronizam modelos e códigos de conduta para o globo que posteriormente são introduzidas por meios próprios em cada Estado, o que foi feito no Brasil em 2011 e 2013. Além destes, pode-se mencionar idênticos casos em relação ao combate ao *dopping*, ao Tribunal Arbitral do Esporte e à Arbitragem.

## CONCLUSÃO

O novo paradigma de Direito, constituído sobre os fluxos da globalização e do transnacionalismo aposta em um marco de competência de carácter material, já que o territorial e o pessoal, por natureza, mostraram-se insuficientes e de restrita eficácia. O Direito, sem dúvida, tem tomado essa direção nos últimos anos, mas falta consolidá-la de modo que a exceção não seja a norma geral, como acontece em nossos dias, onde segue empenhado em aplicar o velho paradigma estatal clássico.

A presente tese de doutoramento avalia a eficácia do processo penal na era do transnacionalismo, propondo como medida de adequação a maximização dos expedientes de consensualidade. A partir do objeto delineado, problematiza-se a eficácia do processo penal perante as demandas de combate à criminalidade em tempos de globalização e transnacionalização das condutas delitivas, tendo como referente o contributo da consensualidade no âmbito da jurisdição penal.

A transnacionalidade requer uma série de desafios, de mudanças no ordenamento interno, nas regras formuladas pelas agências internacionais e também nos ordenamentos jurídicos, nacionais e sistemas transnacionais. Porém, observa-se que são as demandas fáticas que alimentam a proposição de novos modelos jurídicos, novas processualidades, novas instituições e novos sujeitos. Há, de forma clara, uma construção paradigmática edificada sob a empírica.

Por outro lado, a consolidação de expedientes jurídicos transnacionais supre demandas de regulação com carácter eminentemente negocial, restando aberta a necessidade de modelos jurídicos transnacionais para fazer frente aos vazios em matéria de persecução penal e cooperação, especialmente pela superação dos expedientes clássicos como cartas rogatórias e *exequatur*.

A elaboração de modelos jurídicos para a persecução penal de crimes transnacionais, nesse espectro, não se sustenta sobre os rigores do positivismo exegético ou normativista piramidal da *Stufenbaum*, conforme defende Hans Kelsen. O contexto do Direito, tomado pela globalização, avança por sendas distantes da

hierarquia verticalizada, abstrata e hipotética. O modelo em vias de desenvolvimento orienta-se por redes sistêmicas, com sentidos orbitais, para quem o aspecto da resolutividade e da eficácia são primados inafastáveis.

Nessa esteira, torna-se clara a crise do princípio da territorialidade dos sistemas penais, o qual é lançado, cada vez mais, na direção da internacionalização das políticas criminais, ocasionando um redirecionamento nas estruturas repressivas e nas leis processuais dos diferentes países. Ao tempo em que a territorialidade se mitiga, há que se considerar como via suplementar o desenvolvimento de mecanismos de consensualidade no âmbito da jurisdição penal, nas múltiplas fases da persecução penal.

A proposição de pesquisa de tese doutoral se justifica pela necessidade de uma análise crítica e de adequação de conceitos e instituições clássicas, em relação aos novos tempos e; a eventual convergência desses com os desafios da contemporaneidade.

Nesse sentido, as noções tradicionais sobre Estado, Poder, Processo Penal, Norma, Sistemas Processuais e Criminalidade desafiam nova compreensão e, em igual medida, nova e atualizada funcionalidade, com capacidade eficaz para conseguir sustentar um papel ativo para o Estado, sem defender seu término, habilitado para enfrentar o desafio da globalização das demandas e pretensões jurídicas, bem como, promover diálogos e relações institucionais com os novos atores.

O tratamento prestado aos chamados crimes transnacionais à comercialização de produtos, como carros, eletrônicos e afins, por exemplo, onde se percebe que há expansão das estruturas criminalizantes quando confrontadas com movimentos que aceleram a “obsolescência” daquilo tido como “velho”, com ulterior apresentação do que é considerado “novo”, pondo este último como a única escolha plausível para o dito consumidor.

Partindo da premissa que definir seja estabelecer limites, fixar fronteiras, dimensionar fatores, pode-se considerar que, no campo das ideias, definições sejam formas de impor uma interpretação, um estereótipo, quase como a produção da imagem de um produto comercial. Por essa razão, ao procurar definir uma categoria

como Criminalidade Organizada Transnacional se está, na verdade, confirmando um determinado discurso de poder e, conseqüentemente, reafirmando certas políticas criminais. Indo além, o consenso construído em volta dessa determinada categoria irá operacionalizá-la, ao passo que produzirá as necessárias condições ao exercício de poder.

Ademais, as ferramentas de combate à criminalidade do século XXI não podem se restringir à matriz iluminista do século XIX. Mudaram os expedientes delitivos, os bens jurídicos relevantes tutelados, a extensão do dano e os atos pedagógicos preventivos e repressivos. Se antes o crime era local, hoje, tornou-se global. O processo de transnacionalização do crime não se deu de maneira uniforme, em cada continente, mas se desenvolveu de forma distinta, conforme as particularidades de cada contexto social e econômico, cujas atividades foram impulsionadas especialmente pela revolução ocorrida na tecnologia de comunicação e informática.

Paradoxalmente, o fracasso dogmático do Crime Organizado Transnacional é, por outra banda, um sucesso ideológico e mercadológico. Triunfo ideológico, porque a pseudo especificação de sentido à categoria possibilita a concentração das estratégias puramente repressivas a grupos limitados de agentes vistos como inimigos, manipuláveis segundo os interesses dos detentores de poder internacional, o que, simultaneamente, desvia o foco de grandes questões transnacionais. Outrossim, triunfo mercadológico, porque a etiqueta “Crime Organizado” passou a habitar os discursos dos políticos, as programações televisivas, os noticiários e, ainda mais significativo, os códigos das instituições responsáveis pela criminalização.

Nessa toada, principal traço identificador das organizações criminosas parece ser a sua perenidade, a sua capacidade de se perpetuar no tempo, independentemente da carreira criminosa individual de seus integrantes. Em suma, tem-se que para uma justa análise da criminalidade em âmbito transnacional, devem ser analisadas as políticas públicas de prevenção e contraste, sua investigação, as experiências mais importantes e os pontos que fortalecem o efeito dos dispositivos de prevenção.

Para tanto, atribuiu-se como objetivo científico geral a defesa dos expedientes de consensualidade na jurisdição penal como via para obtenção de maior efetividade ao processo penal em tempos de transnacionalidade e de crise do Estado nacional.

Os objetivos específicos são: a) estudar os atributos, funções e competências do Estado Democrático de Direito; b) avaliar os impactos da globalização nas instituições derivadas do Estado-nação; c) compreender o fenômeno da transnacionalidade; d) analisar os impactos que a transnacionalidade produz na produção, interpretação e aplicação do Direito nacional e internacional; e) apresentar a crise de eficácia do processo penal oriunda do transnacionalismo e da criminalidade organizada transnacional; f) argumentar sobre a responsividade da consensualidade para a efetividade do processo penal em tempos de transnacionalidade.

Para satisfação do objeto da pesquisa, elegeu-se como problema de investigação a questão sobre: a consolidação de expedientes de consensualidade na jurisdição penal pode ser utilizada como via para obtenção de maior efetividade ao processo penal em tempos de transnacionalidade e de crise do Estado nacional?

Para a presente pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) as matrizes de construção do Estado Democrático de Direito e suas ações na atualidade importam no fenecimento do Estado;

b) a globalização econômica produziu por via reflexa um processo de globalização do Direito, responsável pelo transnacionalismo que desafia respostas jurídicas capazes de limitar os novos poderes;

c) o advento de expedientes delitivos transnacionais e a circulação de modelos jurídicos conduzem à crise do processo penal tradicional (territorializado), reclamando mecanismos de interlocução institucional, típicos da consensualidade, não apenas na fase decisória dos processos, mas sobretudo, em momentos de inteligência e investigação.

Com o teor da pesquisa ora apresentada, restaram na confirmação parcial da primeira hipótese, visto que a noção de Estado Democrático de Direito não foi em

sua integralidade refutada. Não há a suposta extinção do Estado. Segue o Estado seu curso político e histórico, contudo, com novos atributos, com redimensionamento de suas capacidades e, com maior capilaridade e abertura para novos atores.

Em complemento, as duas últimas hipóteses estão confirmadas na sua integralidade. A transnacionalização de crimes expõe a crise do processo penal, concebido no período iluminista e conservado ao longo de séculos sob a tutela dos Estados-nacionais. Uma vez estes mitigados em suas atribuições, ao processo penal influenciado pela globalização resta o desenvolvimento de mecanismos de interlocução institucional transnacional em todas as fases da persecução penal.

A defesa que restou feita aponta para a imperiosa e emergente necessidade de articulação de cooperação e consensualidade entre os múltiplos sujeitos do processo penal, para além das linhas soberanas de cada Estado, com o desiderato de fazer efetivo o combate aos crimes transnacionais, seguindo modelos normativos de persecução, sejam eles regidos pelo legislativo nacional, ou, procedimentos de autorregulação.

Em que pese as linhas e argumentações já destinadas ao tema do Estado, do Transnacionalismo, do Processo Penal e da Criminalidade Transnacional, o presente estudo, ao decompor analiticamente os preceitos de cada um desses fenômenos, sinaliza a premência de se construir novo modelo jurídico destinado ao processo penal, hábil aos anseios contemporâneos de persecução penal com garantias típicas do Estado de Direito, paulatinamente sofisticado e com tutela de direitos e garantias fundamentais, capaz de limitar e minimizar os impactos nefastos da criminalidade transnacional sem arrepio ao Estado de Direito e ao devido processo legal.

Para tanto, defende-se em via contra-majoritária que a globalização e a transnacionalidade não decretam o fim do Estado, como se pensa em linhas gerais. Embora não detenha mais a hegemonia institucional de poder e de normatização, determinadas características estatais são majoradas, enquanto outras são realocadas para o contexto institucional vigente. Mesmo que o modelo hegeliano de Estado tenha encontrado mitigações, em determinados casos Estados fortes subsistem. Portanto, há consistente argumentação que sinaliza a continuidade do

Estado como ator político, social, institucional e normativo relevante, porém não único.

Tal perda de atributos hegemônicos e homogeneizadores decorre, na proposta dessa tese, da mudança do ponto político e de construção de poder sobre o Estado. Se, na Modernidade, o Estado restou projetado sobre os alicerces dos Tratados da Vestfália, atualmente com a dinamicidade da globalização que atingiu o nacional e o jurídico, o Estado resta matizado pelas estruturas convencionais dos acordos de Bretton Woods.

Nesse contexto, tal mudança de paradigma e da forma de exercício do poder normativo, institucional e jurídico faz com que os modelos de persecução penal recebam novas pressões, não apenas por aspectos hipotéticos ou retóricos, mas por incidentes realistas e pragmáticos. Na presente tese, demonstra-se como esse giro atinge e reorganiza tanto as ações de persecução penal, com velocidade, como a dinâmica da criminalidade, agora transnacionalizada. Se, no modelo Moderno, desde os Tratados da Vestfália, a relação crime e processo penal era tratada como assunto doméstico abaixo do império do Estado soberano nacional, com o avanço da cartilha neoliberal global, a relação crime e processo penal passa a sofrer influxos de ordem efficientista, seguindo a equação custo-benefício, tanto para o crime, quanto para a sanção, ao ponto do crime se tornar um mercado altamente sensível e globalmente organizado, dificultando delimitar e isolar nacionalmente os atos criminosos.

Sustenta a tese que, apenas a atividade normativa forte e atuante dos Estados nacionais, que pode repercutir ou não na atividade jurisdicional, não é capaz de fazer frente substancial aos mecanismos transnacionais de criminalidade. Some-se nesse cenário toda a dificuldade que encontram os Estados perante as Organizações Internacionais para definir, enfrentar e controlar a criminalidade transnacionalizada e globalmente espalhada. Assim, nem um modelo monista, nem um modelo dualista são habilitados para o enfrentamento desse problema que é global.

Assim sendo, vias de originalidade e ineditismo são contundentemente fixadas quando da proposição de atividades horizontalmente coordenadas,

materialmente conectadas e juridicamente fundamentadas para tratamento da criminalidade transnacionalizada desde o ponto da persecução penal inicial, com capacidade de articular novas fontes normativas e novos atores de controle e fiscalização, com eficácia, eficiência e, sobretudo, efetividade. Nesse sentido, a cooperação penal em temas de criminalidade transnacional não pode se valer apenas de cartas rogatórias, *exequatur*, escritórios da ONU e atuação de entes burocráticos nacionais.

Ademais, para se punir alguém é necessária a produção de provas. Na era transnacional, principalmente nos crimes praticados em vias globais, a atividade compulsória probante não encontra proteção penal. Crimes transnacionais são provados por meios domésticos que ora são transplantados, ora meramente referenciados, de modo que o contraditório e a ampla defesa não são alcançados pelo instrumento atual, que é a carta rogatória.

Defende-se que a importância da cooperação judicial não se deposita prioritariamente na satisfação de ordens judiciais estrangeiras em território exterior. A cooperação judicial que se propõe deve priorizar, segundo os preceitos do Estado de Direito, resguardar direitos, garantias e presunções individuais, observando instrumentos de convergência e mitigação de discrepâncias entre sistemas persecutórios em matéria penal. A transnacionalidade, os preceitos de cooperação judicial e a circulação de modelos jurídicos auxiliam nesse desafio.

Na mesma senda, a cooperação judicial para o combate dos delitos transnacionais, apta a envolver a pluralidade de atores transnacionais, estatais e não-estatais, deve inserir mecanismos de gestão, de racionalidade, de transparência e de autorreferencialidade. Nesse contexto, a ausência completa de estatísticas, informações e controle sobre os expedientes nos quais participam as autoridades brasileiras, conforme resposta do Conselho Nacional de Justiça, é indicativo claro de inconformidade. O desprezo pela útil burocracia weberiana inviabiliza o êxito da cooperação judicial.

Não saber, quantitativamente e qualitativamente os acordos celebrados pelo Judiciário brasileiro para atribuições criminais com outros entes estrangeiros é diagnóstico da baixa eficácia do modelo manejado pelo Brasil em tempos de

globalização jurídica. A consequência imediata que desponta dessa situação assume dupla ramificação: ou pela inviabilidade de efetiva cooperação ou, noutro lado, por pactos cooperativos paralelos ao ideal de *rule of law*.

Evidente que se defender a ideia de universalização dos preceitos do processo penal talvez não seja a medida mais viável nessa quadra da história, mesmo que se possa utilizar da dignidade da pessoa humana, da proibição da tortura, da legalidade e do direito de defesa como direitos presentes em todas as ordens jurídicas nacionais, ainda é um passo largo. Contudo, fazer convergir garantias e direitos correlatos a esses entre o maior número de Estados e Organizações tem o condão de promover com mais efetividade e eficácia os valores do Estado de Direito ao tempo que reduz a gama de atuação e as facilidades das condutas criminais que escolhem seus centros de atuação conforme a condescendência de normas inefetivas ou inexistentes, mas que impactam transfronteirizadamente.

Portanto, ao tempo em que modelos processuais se conservam domésticos e regionalizados, o resultado observado é o solapamento do Estado de Direito – notadamente contra os indivíduos –, a impotência das autoridades responsáveis pela persecução e o aumento dos lucros oriundos da criminalidade. Caso determinado Estado, individualmente, eleve seu rigor e sua efetividade persecutória, não se reduz o ato delitivo, apenas se desloca seu lugar de ação.

Mas não é só essa a consequência mais drástica e perniciosa, tal volatilidade impacta em Estados com dimensões distintas e discrepantes de proteção jurídica aos seus cidadãos e aos estrangeiros. Sem tal atenção, o enfrentamento circunscrito da criminalidade transnacional apenas majora o problema jurídico, político, normativo e institucional emergente, pois ao se reconhecer a condição transnacional do crime com a transnacionalização do processo penal de determinado Estado para outro, aleija as condições do próprio Estado e do Estado de Direito.

Diante de fenômenos como a criminalidade organizada transnacional, a defesa de efetivo modelo cooperativo de persecução penal pautado por Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, fundamenta a importância de proteger as

garantias relativas à pena e, antes, ao processo de formação de culpa. Desse modo, tipificar, investigar, oferecer denúncias e imputações, fixar oportunidades de defesa e contraditação para, ao final, julgar, exige o tratamento transnacionalizado equacionado com a circulação efetiva e paritária de garantias processuais. As garantias perenizam os limites e controles aos poderes, que, diante das mudanças nas estruturas normativas advindas da globalização, necessitam estar presentes, não apenas como exercício do poder de império dos Estados, mas nos atos de cooperação institucional e nos expedientes de *soft law* e autorregulação, de modo que, quanto mais difusa for a pretensão de combate à criminalidade transnacionalizada, maior responsividade haverá através do processo penal.

Aqui merece ser enfrentada uma nova demanda, a pretensão para que instrumentos de persecução penal, articulados transnacionalmente e por meios de cooperação, habilitem meios de defesa dos indivíduos isoladamente. Não basta defender investidores, instituições financeiras, agremiações, Estados e ONGs. É preciso que os cidadãos de cada Estado também logrem idêntica possibilidade de se defender das consequências dos delitos transnacionais. Um dos exemplos de maior crise é a delinquência que utiliza a internet para a prática de suas condutas típicas. Ainda que a última década tenha registrado o incremento de leis e precedentes judiciais intencionados a sancionar condutas abusivas na internet, na prática, o desfecho aponta para a tutela corporativa no plano transnacional e, no plano nacional, os atos que atingem individualmente cada usuário. Ou seja, segue pelos rumos da baixa eficácia do processo penal aos crimes praticados no espaço cibernético.

Uma vez mais, não se defende um modelo universalista de matriz kantiana, mas, sim, a possibilidade de melhora na eficácia da persecução penal transnacional via cooperação, desde que segmentadas corretamente as matérias sujeitas às infrações penais transnacionais. Como exemplo pode ser transcrito o combate à lavagem de dinheiro e à sonegação fiscal, com a cooperação dos Bancos Centrais, do GAFI, das Polícias, da INTERPOL, do Comitê da Basileia, dos atores transnacionais, das ONGs e da mídia investigativa. Em igual intensidade, defende-se uma fusão de interesses específicos e qualificados para o problema da criminalidade organizada transnacional na internet. A reunião de desenvolvedores de sistemas operacionais (Windows, MacOS, Android, Linux, iOS) com empresas de

tecnologia da informação (Google, IBM, Apple, WeChat, Dell, Amazon, Weibo, Spotify, Twitter), com organizações estatais judiciais, com tribunais supranacionais, com INTERPOL, com ONGs, com a ICANN pode ser a viável condição de tutela dos direitos fundamentais individuais de usuários ou não da internet, pouco importando sua cidadania, nacionalidade ou domicílio. Ademais, o que não se pode tolerar como normal são episódios reiterados de violações à privacidade, à proliferação insana de notícias falsas e a impotência de poderes estatais frente às empresas de tecnologia da informação, tal qual no caso França vs. Google e Brasil vs. Whatsapp.

Ante o exposto, resta registrar como aptidões decorrentes da tese podem auxiliar no enfrentamento do problema da efetividade do processo penal transnacional, especialmente pelas vias da consensualidade. De modo a deixar claro o aspecto propositivo, para além da descrição da problemática fática, é possível aplicar os parâmetros da consensualidade.

No primeiro dos casos, induzir a consensualidade em sede de jurisdição penal pode contribuir para atos de comunicação entre juízes, sem a necessidade de estruturas hierárquicas verticalizadas dos tribunais, o que consome tempo e dá ensejo às prescrições, portanto, afastando a efetividade do processo. O modo dialógico e horizontalizado, não apenas se conforma com os parâmetros do transnacionalismo, mas, também pode ser analogicamente associado com as inovações introduzidas desde 2015, no Código de Processo Civil, quando se passou a admitir a cooperação transnacional.

Em razão das práticas recentemente admitidas na processualidade brasileira e exportadas para outros países, não se pode perder de vista a intensificação do uso de instrumentos de consensualidade nas fases de persecução penal para enfrentamento dos alcunhados “crimes dos poderosos”. A partir da dita “Operação Lava-Jato” e seus desdobramentos em sede do Poder Judiciário, produziu-se uma guinada legitimada jurisprudencialmente pelos Tribunais e pelos órgãos de persecução que ampliaram os meios de cooperação judicial transnacional como meio de satisfação das demandas de efetividade do processo penal. Desde então, a complexidade de crimes que envolvem agentes transnacionais ou práticas desterritorializadas de criminalidade não se mostra enfrentada senão pela consensualidade transnacional.

Também há que se observar as possibilidades de contribuição do modelo proposto para o enfrentamento de operações criminais que podem surgir no comércio de moedas eletrônicas, chamadas genericamente de criptomoedas. Nas linhas dos documentos denominados “termos de uso”, deve haver espaço para disposição consensual sobre eventual provocação da jurisdição quando do caso de furto, apropriação indevida, uso irregular de informações e outras fraudes. Isso consolida não apenas a exigência de uma *rule of law*, mas também corrobora as práticas de *soft law* e autorregulação regulada, com o objetivo claro de preencher uma vazia total de efetividade ao processo penal quando da sua ocorrência.

Desse modo, há que se pontuar, de modo peremptório, que a sistemática de cooperação transnacional para persecução penal deve fragmentar seus níveis materiais, formais, subjetivos, espaciais, legais e institucionais. Quanto mais específico, melhor detalhado e menos evasivo, maior será a tutela jurídica que prestará.

Como forma de persuasão pode ser validado e aprimorado o modelo desenvolvido no âmbito do sistema europeu, decorrente do Tratado de Lisboa, no campo que dispôs sobre a estruturação de um Tribunal Europeu, sem negação das jurisdições nacionais, pelo contrário, potencializando-as e lhes destinando maior efetividade.

Nesse ponto se observa clara confluência dos argumentos aqui reunidos, visto que, o sucesso do modelo proposto de cooperação e governança em sede de persecução penal transnacional perpassa por meios de regulação segundo os quais cada ator pode influenciar em seu processo de regulação, muitas vezes aproveitando espaços não ocupados pela legislação estatal, constituindo modelo de autorregulação regulada.

Quanto à metodologia, serão considerados os parâmetros<sup>2</sup> adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica– PPCJ/UNIVALI.

No que diz respeito à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método<sup>378</sup> utilizado será o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados, o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base

---

378 “Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. (PASOLD, 2011, p. 206).

indutiva<sup>379</sup>. Foram acionadas as técnicas do referente<sup>380</sup>, da categoria<sup>381</sup>, dos conceitos operacionais<sup>382</sup>, da pesquisa bibliográfica<sup>383</sup>, e do fichamento.

---

379 Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, 2011, p. 81-105.

380 "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (*Id. Ibid.*, p. 54).

381 "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". (*Id. Ibid.*, p. 25).

382 "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (*Id. Ibid.*, p. 37).

383 "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (*Id. Ibid.*, p. 207).

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicolás. **Dicionário de filosofia**. Edição revista e ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**. O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso**. , t. I, Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

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

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania**. Palestra proferida no "Seminário Internacional Criminologia e Feminismo" promovido pela Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Porto Alegre: 21 out. 1996.

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. **A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna**. Tribunal Virtual IBCCRIM, 2013, pp. 54-72.

ARAÚJO, Maurício de Carvalho. **Soberania e princípios do processo penal em face do Tribunal Penal Internacional**. Diss. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

ARCHIBUGI, Daniele. **The global commonwealth of citizens: toward cosmopolitan democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras entre globalização e pós-globalização**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Tradução de: Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BACKER, Larry Catá. **Reifying Law - Government, Law and the Rule of Law in Governance Systems**. 6 Penn St. Int'l L. Rev. 521 (2007-2008). <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/psilr26&div=24&id=&page=acesso>. Acesso em: fev. 2007.

\_\_\_\_\_. The Structural Characteristics of Global Law for the 21st Century: Fracture, Fluidity, Permeability, and Polycentricity. *In*: MUSA, Shavana; DE VOLDER, Eefje. (Orgs.). **Reflections on Global Law**. Leiden: Boston. 2013.

BARAK, Gregg. **The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime**. Revista Brasileira de Direito, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 104-114, dez. 2015.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do Direito Penal Mínimo**: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite do direito penal. Buenos Aires: Depalma, 1987.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. Tradução de: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento, São Paulo: Editora 34, 2010.

BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. 4. ed., Tradução de: Carmem C. Varrialle. Brasília: UnB, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Para uma teoria geral da política. 14. ed., Tradução de: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

\_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes**. Tradução de: Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: EdUnB, 1994.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. 1. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho *et alii*. Brasília: UnB, 2004.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Tradução de: Pedro Bravo. Madrid: Aguillar, 1973.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Pensar globalmente y actuar localmente**: El Estado transnacional ambiental em Ulrich Bech. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, v. 1. Espanha, 2008. pp. 51-59.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOSELTMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de: Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais – “novos” direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

BRASIL. Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm). Acesso em: 25 abril 2018.

BRIGAGÃO, Clóvis; RODRIGUES, Gilberto M. A. **Globalização a olho nu: o mundo conectado**. 2.ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. "**Brançosos**" e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. *In: \_\_\_\_\_*; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

CARVALHO, Bernardo de Andrade. **A globalização em xeque**: incertezas para o século XXI. 2. ed. São Paulo: Atual, 2000.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009.

\_\_\_\_\_. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CATAFESTA, Sérgio Ribeiro. **Transnacionalismo**: estado de direito laico e equilibrado. Revista Justiça do Direito v. 27, n. 2, jul./dez. 2013 - p. 448-463. Disponível em: [www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/4682/3149](http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/4682/3149). Acesso em: 01 fev. 2016.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Título original: *L'État post-moderne*.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Rogério Haesbaert da; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A nova desordem mundial**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

COTTERRELL, Roger. The growth of legal transnationalism. *In: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm. Law and intersystemic communication: understanding 'structural coupling'*. New York: Routledge, 2013.

\_\_\_\_\_. **What is transnational law?** Law & Social Inquiry. n. 2, Londres: Queen Mary University of London, 2012. pp. 340-372.

COULANGES, Numa Demis Fustel. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 12. ed. Tradução de: Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. Revista Eletrônica do CEJUR. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/cejur/article/view/15054>. Acesso em: 02 fev. 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. **O direito transnacional como disciplina em cursos jurídicos**. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 12, n. 1, jan-jun. 2018, p. 11-28.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2007.

DANACULLETA I GARDELLA, Maria Mercé. **Autorregulación y derecho público**: La autorregulación regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005.

DÉNIZ, Pedro Talavera. **La Regulación del Comercio Internacional**: del GATT a la OMC. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Eduardo Saad. **A criminalidade empresarial e a cultura de compliance**. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 2, n.1, 2014.

DOBSON, Andrew. **Citizenship and the environment**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

DOMINGO, Rafael. **¿Qué es el derecho global?** Navarra: Arazandi, 2008.

DÓRIA, Luiz Cravo. Ao som da Interpol. *In: Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015. pp. 157-159.

DU GAY, Paul. **En elogio de la burocracia**. Weber Organización. Ética. Tradução de: Carlos Jesús Fernández Rodríguez. Madrid: Siglo XXI, 2012.

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

FEBRABAN. Normativo 011/2013. Prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Disponível em: <http://cms.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20011.pdf>. Acesso em: 25 abril 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de: Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. Revisão da tradução de: Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de: Luiz Flávio Gomes *et al.* São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. **Principia Iuris**. Teoria del diritto ed della democrazia. v. 2. Bari: Laterza, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e costituzione**: material per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: Giappichelli, 1993.

GARCÍA-ATANCE, María Victoria. **Introducción a la teoría del estado y de la constitución**. Madrid: Sanz y Torres, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIUDICE, Alessio Io. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: Giappichelli, 2011.

GOMES, Flávio Luiz; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal**. In: Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERU. 2. ed., v. II, p. 1-31, s.d. Disponível em: <https://vdocuments.mx/direito-penal-do-inimigo-segunda-edicion.html>. Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Estado, Globalização e Soberania: fundamentos político-jurídicos do fenômeno da transnacionalidade**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo/SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. p. 1048-10971. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/.../1915.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/.../1915.pdf). Acesso em: 02 fev. 2016.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Sulla costituzione europea**. Berlim/Bari: Suhrkamp-Laterza, 2012.

\_\_\_\_\_. **A constelação pós-nacional**. Tradução de: Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HALPERIN, Jean-Louis. **Law in Books and Law in Action**: The Problem of Legal Change. *Maine Law Review*, v. 64, n. 45. Maine: University of Maine School of Law Digital Commons, 2011.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Lisboa: Guimaraes, 1990.

HEGEL. **Grundlinien der philosophie des rechts**. 3. ed. Stuttgart, 1952.

HELD, David. **Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Buenos Aires: Albatrós, 1954.

JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KANT, Emanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. O problema da soberania e a teoria do direito internacional. Contribuição para uma doutrina pura do direito. Tradução de: A. Carrino. Milão: Giuffrè, 1989. p. 469. *Op. cit. in:* KARVAT, Thaysa Prado. Soberania: **O desenvolvimento de um conceito na sociedade internacional contemporânea**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/619/582>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: UnB, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KHANNA, Parag. **Como governar o mundo: um roteiro para o próximo renascimento**. Tradução de: Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

KOTLER, Philip; LEE, Nancy R. **Marketing contra a pobreza: as ferramentas da mudança social para formuladores de políticas, empreendedores, ONGS, empresas e governos**. Tradução de: Sônia Augusto. Porto Alegre: Bookman, 2010.

LAMBERT, Hélène. Transnational law, judges and refugees in the European Union. *In:* GOODWIN-GILL, Guy S.; LAMBERT, Hélène. **The limits of transnational law: refugee law, policy harmonization and judicial dialogue in the European Union**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. pp. 1-16.

LINDAHL, Hans. Legal Order and the 'globality' of Global Law. *In*: MUSA, Shavana; DE VOLDER, Eefje (Orgs.). **Reflections on Global Law**. Boston: Leiden. 2013.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de: Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura do direito**. v. I. Tradução de: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

LOUREIRO, Márcia. Desenvolvendo parcerias para a cooperação no combate aos ilícitos transnacionais. *In*: **Temas de cooperação internacional**. Brasília: MPF, 2015. pp. 153-156.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de: Maria da Conceição Côrte-Real. Revisão de: Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980.

LUPI, André Luppi Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 123-138.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Outros atores da sociedade internacional. *In*: STELZER, Joana (Org.). **Introdução às relações do comércio internacional**. Itajaí: Univali, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolò. **O príncipe**. Tradução de: Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. Bolonha: Società Editrice il Mulino, 2005.

MAK, Vanessa. Normative Standards and Global Law-Making. **Tilburg Law Review**. vol. 17. ed. 2, p. 241-249. Tilburg: Tilburg University, 2012.

MCGREW, Anthony. Global legal interaction and present-day patterns of globalization. *In*: GESSNER, Volkmar; BUDAK, Ali Cem (Org.). **Emerging legal certainty: empirical studies on the globalization of law**. Brookfield: Ashgate, 1998.

\_\_\_\_\_. **The Transformation of Democracy?** Globalization and territorial democracy: an introduction. Cambridge: Polity, 1997.

MERRY, Sally Engle. **Legal pluralism**. Law & Society Review, Beverly Hills, n. 22, p. 869-901. New Jersey: Wiley. 1988.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTE, Mario João Ferreira. Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: uma Visão Transconstitucional. *In*: \_\_\_\_\_; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC n. 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito intercambiável e globalização: o caso do processo penal emergente. *In*: STAFFEN, Márcio Ricardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

\_\_\_\_\_; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

NOBRE DA SILVA, Maria Coeli *et al.* **Justiça restaurativa e mediação**: consórcio relevante e indivorciável para conduzir o conflito jurídico-penal. Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. **Risco e sustentabilidade da empresa**: regulação estatal e autorregulação empresarial. São Paulo: Enfoque Jurídico, 2010.

OLIVEIRA, José Carlos de; AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e. O Modelo de Autorregulação Regulada e a Teoria da Captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. **Quaestio Iuris**. Vol. 10, nº 01. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali e società di mercato**. Lima: EGACAL, 2015.

PAINE, Thomas. **Os direitos do homem**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1988.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Revista, ampliada e atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

PEREIRA, Claudio José. O direito penal pós-moderno e a expansão econômica supranacional. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PINTO, Inês Horta. **A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa**. Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas para o futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Tribunal Penal Internacional: princípio da complementariedade e soberania**. Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. Brasília, 1999.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução de: Fernando Marques. Lisboa: Mareantes, 2007.

RANGEL, Paulo. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. **Revista de Estudos Criminais EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, 2005, p. 183.

REISMAN. **A Hard Look at Soft Law**. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/750/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/750/). Acesso em: 09 abril 2017.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Laterza, 2012.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government: order and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: (ou princípios de direito político)**. Tradução de: Lourdes Santos Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SAADI, Ricardo Andrade. O crime organizado e a cooperação internacional. *In: Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015, p. 139-144.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTO, Davi do Espírito. Criminalidade organizada transnacional: a genealogia de um discurso de poder. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamentos, 2001.

SASSEN, Saskia. **Terriotorio, autoridad y derechos**. Buenos Aires: Katz, 2015.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la constitución**. Tradução de: Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVEIRA, Renato de M.J. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOSA AGUIRE, Tabaré. Cooperación judicial internacional en materia penal. **Revista Uruguaya de Derecho Procesal**, n. 3, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

\_\_\_\_\_. **Hegemonia e direito transnacional?** *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 20, n. 3, p. 1166-1187, dez. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8394>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

\_\_\_\_\_. **Modelo Constitucional de Impugnação de Julgados nos Juizados Especiais Federais: a uniformização na perspectiva do horizonte de eventos e do princípio da incerteza**. Tese defendida no Programa de Doutorado em Ciência Jurídica. Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Universidade do Vale do Itajaí, 2014.

\_\_\_\_\_. A redução do Estado Constitucional Nacional e a ascensão do direito global! Há espaço para os Juizados Especiais Federais? *In*: GRADOS, Guido Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs.). **Constitucionalismo em Mutação: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica**. Blumenau: Nova Letra, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 165-166.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Tradução de: Silvio Mattoni. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba (SP), v. 14, n. 33, 2003, p. 9-31, p. 11.

\_\_\_\_\_. *et alii*. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: University Oxford Press, 2004.

\_\_\_\_\_. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. *In*: TEUBNER, Gunther (Org.). **Direito, sociedade e policontextualidade**. Tradução de: Bruna Vieira de Vicenzi. Piracicaba: Unimep, 2005.

TOMAZ, Roberto Epifanio. Transnacionalidade: uma proposta à globalização hegemônica. *In*: GRADOS, Guido Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs.). **Constitucionalismo em Mutação: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica**. Blumenau: Nova Letra, 2013.

\_\_\_\_\_. **A possibilidade e a necessidade do direito empresarial transnacional.** Tese defendida no Programa de Doutorado em Ciência Jurídica. Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Universidade do Vale do Itajaí, 2015. p. 61. Disponível em: [www.univali.br/.../TESE%20-%20Roberto%20Epifanio%20Tomaz%20-%2...](http://www.univali.br/.../TESE%20-%20Roberto%20Epifanio%20Tomaz%20-%2...) Acesso em 03 fev. 2016.

TOPÓR, Klayton Augusto Martins. **Novos dilemas da jurisdição penal na persecução do crime de lavagem de dinheiro:** o auxílio direto na cooperação jurídica internacional e a relativização da cláusula da reserva de jurisdição. Porto Alegre, 2014. Dissertação defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2014.

TOURAINÉ, Alain. Uma visão crítica da modernidade. **A Modernidade: Cadernos de Sociologia.** Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS. Porto Alegre, v. 5, n. 5, 1993.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito:** direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 385.

VIDAURRI, Alicia González. Globalización, Post-Modernidad y política Criminal. *In:* FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas essenciais:** direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização.** 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

VILLA, Armando Estrada. **El Estado existe todavía?** Medellín: Ediciones Unaula, 2011.

VILLASANTE, Tomas. **Las Democracias Participativas.** Madrid: HOAC, 2003.

VIRILIO, Paul. **Ciudad pánico:** el afuera comienza aquí. Tradução de: Iair Kon. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2006.

\_\_\_\_\_. **El ciber mundo, la política de lo peor.** Tradução de: Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999.

\_\_\_\_\_. **El procedimiento silencio.** Tradução de: Jorge Fondebrides. Buenos Aires: Paidós, 2005.

\_\_\_\_\_. **La bomba informática.** Tradução de: Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999;

\_\_\_\_\_. **Velocidad y Política.** Tradução de: Víctor Goldstein. Buenos Aires: La Marca, 2006.

VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VOLPI, Mauro. **Libertà e autorità.** La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2010.

WEBER, Max. A denominação. *In*: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevan (Orgs.). **Política e sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979.

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WEBER, Patrícia Maria Núñez. Cooperação internacional penal: conceitos básicos. *In*: **Temas de cooperação internacional**. Brasília: MPF, 2015, 25-38.

WERNER, Guilherme Cunha. **O Crime Organizado Transnacional e as Redes Criminosas**: Presença e Influência nas Relações Internacionais Contemporâneas. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A Globalização e as Atuais Orientações da Política Criminal. *In*: \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. O Crime Organizado: uma categoria frustrada. *In*: \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2010.

\_\_\_\_\_; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Tradução de: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução de: Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de: J. J. Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.