

Principios constitucionales de la Constitución Brasileña de 1988 como instrumentos racionalizadores del poder punitivo en el contexto de la globalización

Principes constitutionnels de la Constitution brésilienne de 1988 en tant qu'instruments de rationalisation du pouvoir punitif dans le cadre de la mondialisation

Constitutional principles of the Brazilian Constitution of 1988 as rationalization instruments of punitive power in the context of the globalization

*João Paulino de Oliveira Neto, Cid Augusto da Escóssia Rosado**

Riassunto

In alcuni periodi del XX secolo, specialmente a partire dalla crisi del 1929, lo Stato e la Legge erano suffragati da un paradigma che richiedeva margini più ampi di azione per lo Stato, mentre la Legge rappresentava la garanzia dell'equilibrio nelle relazioni sociali. Tuttavia, a partire dai fenomeni della globalizzazione e del neoliberismo questo paradigma ha subito sostanziali modifiche.

In tal senso, questo articolo, che è stato predisposto grazie ad una ricerca qualitativa e all'uso del metodo bibliografico, cerca di comprendere come si forgiavano le relazioni tra i dettami costituzionali della Costituzione brasiliana del 1988 e le politiche criminali in questa nuova realtà. Dall'altro lato, per raggiungere questo obiettivo, gli autori cercano di individuare quali sono le varie forme assunte dalla globalizzazione neoliberale e quali sono le sue conseguenze. Infine, gli autori esaminano la formazione dello Stato di diritto democratico grazie alla Costituzione brasiliana e si chiedono se questo processo necessiti di ritornare ad essere un parametro di razionalità.

Résumé

Au cours du XXe siècle, en particulier à partir de la crise de 1929, l'État et la Loi étaient étayés par un paradigme qui demandait à l'État une plus grande marge de manœuvre, tandis que la Loi assurait l'équilibre des relations sociales. Toutefois, à partir des phénomènes de la mondialisation et du néolibéralisme, ce paradigme s'est profondément modifié.

De cette manière, cet essai, rédigé grâce à une recherche qualitative et à une méthode bibliographique, cherche à comprendre comment se nouent les relations entre les impératifs constitutionnels de la Constitution brésilienne de 1988 et les politiques criminelles dans cette nouvelle réalité. D'autre part, pour arriver à cette compréhension, les auteurs cherchent à identifier les différentes formes de la mondialisation néolibérale et leurs conséquences éventuelles.

Pour conclure, les auteurs analysent la création de l'État de droit démocratique grâce à la Constitution brésilienne et se demandent si ce processus implique le retour vers un paramètre de rationalité.

Abstract

In part of the 20th century, especially from the crisis of 1929, the State and the Law were substantiated on a paradigm that demanded a greater action of that one and this one – the Law – was guarantee of balance in the social relations. However, from the phenomenon of the globalization and neoliberalism there has been a substantial modification regarding this paradigm. In this way, this essay, which is characterized as a qualitative research and that uses the bibliographic method, seeks to understand how the relationship between constitutional commandments of the Brazilian Constitution of 1988 and the criminal policy in this new reality occurs. On the other hand, to achieve such an understanding, we will try to identify how the formation of the neoliberal globalization and its consequences occurs, especially in the criminal sphere, has yet, to discuss about the formation of the Democratic State of Law from the Brazilian Constitution and how it needs to return to be a parameter of rationality.

Key words: neoliberal globalization; criminal policy; Brazilian Constitution; rationality; principles.

* Lawyers in Mossoró, Rio Grande do Norte (Brazil).

1. Introducción.

Es a partir de la comprensión acerca del fenómeno que se inicia, especialmente en los marcos de la tercera revolución industrial, que se orienta este ensayo. La globalización como una nueva fase de desarrollo del poder planetario y una nueva cara del capitalismo, es un evento que modifica y reorganiza no sólo la división espacial del poder, sino que gira el propio suelo en el que se asientan las instituciones gestadas en el seno diversas modificaciones generadas en el propio siglo XX.

Sin embargo, como se demuestra, hay que tener en cuenta una cierta claridad acerca de ese fenómeno, ya que lo que vivimos hoy es en realidad no sólo las consecuencias de la globalización en sí misma, sino de una determinada forma de globalización. En otras palabras, este evento es un dato histórico y de poder, pero la forma en que se desarrolla tiene otro sustentáculo-ideológico, fríjese, en efecto es lo que ha dado forma a ese proceso es lo que se llama neoliberalismo, de modo que podemos adjetivizar como globalización neoliberal.

Como se va a exponer, hay el aprovechamiento, por parte de los pensadores de ese nuevo paradigma, de la reducción de las barreras físicas (que es consecuencia de la globalización) para imponer una alteración en la perspectiva política acerca del Estado y su actuación, en el sentido de reducir su margen de actividad, y especialmente, revitalizar la omnipotencia del mercado.

De esta forma, este ensayo pretende traer al debate algunos posicionamientos que a veces se han vuelto absolutos en el ámbito de discusión no sólo del derecho, sino propiamente de las ciencias sociales, de modo que sea posible comprender y partir de esto desarrollar una perspectiva crítica y de creación de alternativas a los problemas que emergen de la propia realidad, teniendo en cuenta, especialmente,

el marco normativo y la realidad que nos rige, es decir, la Constitución brasileña de 1988 y la tradición en la que se inserta y sus consecuencias, en especial en la sociedad del Brasil actual.

En el ínterin, se elige como objetivo general de este trabajo, analizar cómo la política penal sufre limitación de los mandamientos constitucionales los cuales tienen origen en la Constitución de 1988. Hay que mostrar, así que como corolario de ello, se verificará cuáles son las condiciones que permite desarrollarse la globalización neoliberal y de igual modo analizar sus consecuencias para la profunda modificación de entendimiento en cuanto al Estado y al derecho. Entendidas estas modificaciones, intentará identificar sus efectos en el ámbito del derecho penal y de la política penal de manera amplia, y todavía sin perderse la análisis de sus efectos concretos en la dinámica de la realidad brasileña, habiendo, todavía, espacio para implantar la discusión sobre cómo tales efectos pueden (y deben) ser limitados por la Constitución en el marco del Estado Democrático de Derecho por ella inaugurada. En ese sentido, el ensayo busca encontrar el camino por el cual las implicaciones concretas de la globalización neoliberal en el fenómeno punitivo pueden ser mitigadas por el núcleo fundamental de la Carta Manga brasileña, racionalizando el ejercicio del poder estatal.

Con efecto, la cuestión propuesta es darse cuenta de como las estructuras de poder de la orden mundial interfiere en la propia estructuración y ejercicio de poder, y por consiguiente, el poder punitivo estatal, de manera que hay la adecuación a los interés de orden internacional en detrimento de la soberanía interna. Y por otro lado, es necesario percibir, como la Constitución orientada para la compleja realidad de la sociedad brasileña servirá como instrumento

de restablecimiento de la soberanía y la imposición de respecto a sus comandos.

En cuanto perspectiva metodológica, este trabajo adopta parámetros de una investigación cualitativa y se valida, en el ámbito procedimental, del método bibliográfico, de modo que se buscó sustento teórico en balizada doctrina, patria y extranjera, encontrando las condiciones para que pueda identificar, a partir de ámbitos diversos, nuevo marco que renueva la discusión que pretende traer a la baila.

2. Derecho y política criminal en la economía de la globalización neoliberalista.

El siglo XX fue un período en que ocurrieron diversos fenómenos importantes y complejos en los diversos ámbitos de la vida: dos guerras mundiales, la modificación y la creación de nuevas visiones de mundo, y también, *cracks* que llevaron a repensar las estructuras del capitalismo y el la propia etapa de desarrollo, y especialmente, la función a ser desempeñada por el Estado en la economía y también en la sociedad.

En tal perspectiva, después de que en 1929 el mundo había visto la quiebra de la bolsa de valores de Nueva York, se pasó a cuestionar el propio capitalismo y se colocaron en jaque las visiones y teorías liberales que venían sosteniendo, hasta entonces, un determinado modelo económico. Además, la situación se agravó con los problemas traídos por la Segunda Guerra Mundial, de modo que pasa a vigilar el posicionamiento de una actuación más efectiva del Estado como agente promotor de políticas sociales (1), como propuso el principal formulador de ese pensamiento, John Maynard Keynes. Este acoge que es inherente a las economías capitalistas esos escenarios de crisis, de modo que “estas economías precisam de ser

equilibradas e podem ser equilibradas, o que implica que o estado assuma funções complexas no domínio da promoção do desenvolvimento económico, do combate ao desemprego e da promoção do pleno emprego, da redistribuição do rendimento e da segurança social” (2).

A partir de la propuesta keynesiana y una efectiva actuación del Estado, luego de la Segunda Guerra Mundial, se iniciaron los llamados treinta en los gloriosos (1945-1975), en que vigorizó un modelo económico consistente, estable, con un buen crecimiento económico, desempleados a la baja y tasas razonables de inflación.

Sin embargo, es ya en la propia década de 70 que las glorias obtenidas por el modelo keynesiano empiezan a caer cuando pasan a surgir circunstancias en que se encuentran una inflación creciente y una elevada tasa de desempleo y un bajo crecimiento económico, ese fenómeno es que se suele nombrar de estanflación. Esto pasaba a ser un problema para los defensores del modelo keynesiano, pues para ello habría un *trade-off* en el que, al paso de la elevación de la inflación acarrearía una disminución en los niveles de desempleo, y de igual modo, el “precio” a ser atrapado para reducir la inflación sería una elevación en el nivel de desempleo. De esta manera, la estanflación alcanza el centro del pensamiento de Keynes y abre espacio para los teóricos neoliberales que hasta entonces no encontraban espacio para sus ideas (Nunes, 2003b). Ante la “paradoja” de la estanflación y de la incapacidad de respuesta de los defensores de las políticas propuestas por la “revolución keynesiana”, los defensores, de lo que pasa a llamarse neoliberalismo, avanzan en una posición diametralmente opuesta a la de Keynes, pues “fiéis ao ideário liberal do *laisser-faire*, da *mão invisível* e da *lei de Say*, defendem que as economias capitalistas

tendem espontaneamente para o equilíbrio de pleno emprego em todos os mercados, pelo que não precisam de ser equilibradas, sendo desnecessárias as políticas anti-cíclicas e sendo desnecessárias e inconsequentes as políticas de combate ao desemprego, que não conseguem eliminá-lo e geram inflação” (3).

Con estas palabras, queda evidente que en relación al pensamiento prevaleciente hasta entonces acerca del Estado y de su papel, sufre un sustancial giro en el sentido contrario al que se venía tomando, en otras palabras, pasa a prevalecer una visión en que el Estado debe ser “mínimo” para garantizar la estructura del mercado, éste sí capaz de solucionar los problemas que se presentan socialmente, además de que es “inmune” a los vicios a los que el Estado está predispuesto (Harvey, 2008).

En esta cuadra hay que afirmar que hay por parte de los teóricos neoliberales un rechazo a la política, siendo que ésta fue el camino tomado por Keynes, buscan encontrar sustento en la técnica, la ciencia y la construcción de teorías económicas que se fundamentan en la “libertad” como elemento absoluto, y el combate a la inflación como objetivo primordial, apartando así al Estado cualquier propósito (Rosa, 2008).

Junto con la reducción — o como muchos pretenden, la aniquilación — del papel del Estado propuesta por el neoliberalismo, se tiene el refuerzo de esta idea, principalmente, con el surgimiento, *pari-passu*, de una tercera ola de globalización engendrada por el capitalismo, especialmente a partir de la tercera revolución industrial, a partir de la cual las barreras físicas pueden ser superadas rápidamente, puesto que entre las innumerables características que marcan la globalización como una nueva etapa de desarrollo del poder planetario, es posible afirmar que “traduz-se, essencialmente,

na criação de um mercado mundial unificado, graças aos desenvolvimentos operados nos sistemas de transportes [...] e nas tecnologias da informação, que permitem controlar a partir do ‘centro’ uma estrutura produtiva dispersa por várias regiões do mundo e permitem obter informação e actuar com base nela, em tempo real, em qualquer parte do mundo, a partir de qualquer ponto do globo” (4).

Es sobre todo relevante la percepción traída por Bauman al describir la diferencia entre modernidad pesada y ligera, así como la transición entre ellas. Para eso, el espacio era fundamental y un objetivo, es tanto que corresponde a la era de las grandes expansiones y conquistas territoriales; el capital se vinculaba y necesitaba el espacio para desarrollarse. Por otro lado, la modernidad ligera y el *soft capitalismo*, se traduce en una “nova irrelevância do espaço disfarçada de aniquilação do tempo. [...]O espaço não impõe mais limites à ação e seus efeitos, e conta pouco, ou nem conta” (Bauman, 2001, pp. 148-149).

De esta forma, a través de las circunstancias históricas que propiciaron el ascenso del ideario neoliberal, la globalización, un hecho dado por la nueva etapa del poder global del capitalismo, es instrumentalizada en la dirección de materializar el nuevo recetario, de modo que el “Estado é reorganizado e dinamizado de conformidade com as injunções e as possibilidades da dinâmica dos processos de concentração e centralização, compreendendo o desenvolvimento desigual, contraditório e combinado, operando em escala mundial” (5).

En esa cuadra, hay que añadir que no sólo el Estado sufre una sustancial modificación, pero todos los demás conceptos que con él emergen y se articulan también quedan a merced de la reformulación impuesta por la globalización neoliberal. Por

consiguiente, ocurre no sólo un cambio puntual en algunos aspectos de la vida social, pero hay la ruptura de la forma de percepción del propio mundo, hay una ruptura, por así decir, con relación a los referenciales sociales y mentales que hasta entonces sostenían una determinada visión de mundo prevaleciente. Assim, com Ianni podemos afirmar “[...] quando se abalam as bases sociais e mentais de referência de uns e outros, todos são desafiados a repensar as suas práticas e os seus ideais, compreendendo as suas convicções e as suas ilusões. Ao mesmo tempo em que se abalam as formas de sociabilidade que pareciam estabelecidas e o jogo das forças sociais que parecia equacionado, abalam-se as interpretações e os imaginários que pareciam sedimentados” (6).

En este sentido, no hay conclusión diversa, sino la de que el derecho, como un componente fundamental de la sociedad e intrínsecamente ligado al Estado, es también colocado en “jaque” por las nuevas proposiciones impuestas al mundo por la nueva etapa y nueva cara del capitalismo. Es de decir que el derecho pasa a sufrir un agotamiento paradigmático, una vez que los fundamentos que le sostuvieron a lo largo de la construcción y consolidación de un Estado de Bienestar social, en que había una actuación más intensiva y con determinación de fines al Estado-nación - delimitado territorialmente y dotado de Soberanía -, le fueron suprimidos a partir del giro orquestado por la globalización neoliberal. En vista de ello pasamos a una breve exposición acerca de lo que sucede con el derecho dentro de esa nueva matriz de pensamiento.

2.1. El derecho forjado por la globalización neoliberal.

Hay una necesaria interconexión entre el Estado y el Derecho, no en un sentido en que éste es sumiso a

aquel, pero siendo aquel el *locus* de producción de éste. Es de decir que especialmente, a partir de las formulaciones de la modernidad, además de “por” el Derecho, el Estado es por él limitado, no sorprendente, encontramos eso en el pensamiento incluso de Hobbes.

Se hace necesario subrayar que el ascenso del Estado moderno es concomitante al ascenso del sistema capitalista y es a partir de esto que se orienta la construcción del Derecho según el modo de producción capitalista. Son por las necesidades que surgen del sistema económico que el derecho se va a formar, de modo que lo que le caracterizará es justamente la universalidad abstracta, la igualdad ante la ley y la legalidad, pues es a través de esos caracteres que el Estado burgués de Derecho va a hacer la protección de los bienes estipulados como fundamentales, la propiedad y la libertad contractual (Grau, 2008, pp. 118 e ss). En ese sentido, Eros Grau afirma que “o desenvolvimento capitalista reclama previsão e calculabilidade e a racionalidade do mercado corresponde esse direito, como forma de domínio racional viabilizador da circulação mercantil” (7).

Sin embargo, como se demostró anteriormente, a partir de la insuficiencia presentada por el liberalismo “puro”, que imperó hasta principios del siglo XX, hay una sustancial guiada hacia una función “positiva” del Estado. Es de afirmarse que en ese otro momento “[...] marcado pelo advento do fenômeno das crises nos processos de mercado, o Estado, assumindo a função de administra-las, lança mão do direito como instrumento voltado a sua preservação. A atuação do Estado, neste sentido, é empreendida sob múltiplas modalidades e facetas” (8).

De esta forma, se percibe que hay la formación de un derecho, que además de lo ya dicho antes, está

intrínsecamente ligado al territorio ya la plena soberanía estatal y la afirmación de su pueblo y construcción de la nación. Se dice que esto es sobre todo pertinente, ya que el momento histórico en que este escenario emerge, es justamente el de ocurrencia de dos grandes guerras mundiales.

Dicho esto, empezamos a percibir cómo se dan las condiciones de posibilidad para la ocurrencia de una sustancial reformulación dentro del marco jurídico, orquestada por el movimiento de globalización económica iniciado tras la crisis de los años 70 y siendo un dato especialmente de mediados de los años 80 y al mismo tiempo largo de los 90.

Antes un derecho construido a partir de la centralidad del Estado en cuanto a la producción normativa, un ente dotado de soberanía y orientado hacia una actuación política, responsable de ejercer una función de compensación en la disputa entre capital y trabajo, ecuanimizando las relaciones sociales, ahora ha sustraído dimensión material. Es necesario decir, sobre todo, se imponen nuevas formas de poder, distanciadas del carácter territorial, generadas por la transnacionalización de los mercados, de forme que se debilitó la propia esencia de la soberanía, poniendo en la encrucijada la centralidad de las formas y estructuras jurídicas y políticas típicas del Estado-nación (Faria, 1997, p. 44).

Ahora, la jerarquía de la norma producida por el ente estatal decae frente a las normas producidas por otros organismos internacionales. La prelación existente otrora sed lugar a una multiplicidad de órdenes, lo que nos hace concordar con las percuentes palabras de Eros Grau, el cual afirma que “a globalização financeira conduz, no entanto, ao esgarçamento, a deterioração da capacidade estatal de por o direito (= direito posto). Os mercados financeiros globalizados passam a ser

regulados por outros sujeitos que não o Estado. O *mínimo normativo* indispensável ao seu funcionamento e estabelecido a margem dele, como *lex mercatoria* auto-regulatória” (2).

De este modo, la capacidad del orden estatal de exigir, a través del derecho, determinadas conductas a los agentes del mercado, de modo que ejerza la función de compensación en la relación capital-trabajo, es vaciada y por consecuencia también el derecho y su función social. En el contexto en que prevalece el neoliberalismo como ideología y la globalización como fenómeno histórico (10), es la economía - con pretensiones de universalidad y de “pureza” - que “[...] definitivamente calibra, baliza y pauta tanto la agenda como las decisiones políticas y jurídicas” (Nunes, 2003a, p. 147).

Así, se percibe que las normas jurídicas sustanciales, de fundamento político y que ejercían una función social en el marco del Estado intervencionista, pierden espacio debido a su incapacidad de imponerse y también de resolver conflictos entre (la mayoría de las veces) organizaciones que ahora detienen la parte de la soberanía, que antes pertenecía al Estado, de este modo emergen las normas de carácter procedimental o procesal, las cuales el papel fundamental “no es promover una regulación estructural en los mercados transnacionalizados, sino balizar la interacción y asegurar el equilibrio entre las diferentes ‘organizaciones complejas’ que actúan em ellos, mediante la coordinación de sus procesos decisorios, de sus formas de participación y de sus respectivas racionalidades normativas” (Faria, 2001, p. 150).

De este modo, se pone de manifiesto que el (nuevo) derecho se exime de cualquier pretensión de transformación de la sociedad en la que está inserto, teniendo que las normas que les son características

se limitan a crear parámetros decisorios, facilitar acuerdos y negociaciones, e imponiendo una enorme flexibilidad al orden jurídico, algo muy diverso de lo ocurrido a los modelos jurídicos que se gestaron en el Estado liberal y en el Estado social (Faria, 2001, pp. 151 e ss). Este nuevo modelo teórico pasa a ser conocido como “derecho reflexivo” (11), y es, “[...] concebido sobre la base del postulado de que la hipercomplejidad de la sociedade contemporânea impede que está sea regulada mediante los instrumentos normativos tradicionales del Estado liberal y del Estado intervencionista y por sus respectivas racionalidades *formal* y *material*” (Faria, p. 153).

Por lo tanto se evidencia el hecho de que incluso el propio sentido de la democracia se modifica dentro de ese nuevo paradigma, prevaleciendo el carácter esencialmente procedimental, destituyéndose de cualquier dimensión sustancial que implica una alteración de la realidad. De este modo, el derecho del “Estado Democrático de Derecho”, deja de ser un instrumento activo de transformación y pasa a ser un mero libro de reglamentos para las relaciones entre las organizaciones.

En este sentido, se percibe una clara y natural-esto debido a la naturaleza de los nuevos postulados-disminución y ataque a los derechos sociales y económicos, de modo que incluso reducen la fuerza normativa que les hacen exigibles, ya que son componentes de la soberanía estatal en una esfera de legitimación; y que esta soberanía ya no se concentra en el Estado, ya que es compartida, y “essa soberania compulsoriamente partilhada, sob pena de acabar ficando à margem da economia globalizada, tem obrigado o Estado-nação a rever sua política legislativa, a reformular a estrutura de seu direito positivo e a redimensionar a jurisdição de suas instituições judiciais amplas e ambiciosas

estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos” (12).

Todo ese proceso que implica la formulación del derecho reflexivo, trae consigo diversas consecuencias, en parte ya demostradas, en la esfera política y bien como jurídica, pero también en la esfera social. Con los derechos de segunda dimensión siendo relegados simplemente al campo de la programaticidad (cuando mucho), encontramos cómo pasan a ser generadas las condiciones en que se crean las distinciones entre clases sociales, de un modo diferente, siendo que tenemos a partir de ahora una relación entre los incluidos y los excluidos, los que se encuentran marginados de una gama de derechos y servicios fundamentales (13).

Aquí, cabe señalar que, a pesar de que se les retiran por un lado las garantías de acceso a los servicios y derechos fundamentales, por otra, “[...]no implica, sin embargo, ninguna liberación de los deberes y de las obligaciones impuestas por el sistema jurídico, especialmente por su rama penal” (Faria, 2001, p. 204). De este modo, como medida para controlar los problemas sociales producidos por el nuevo paradigma de Estado y derecho, hay una ampliación del ámbito represivo estatal como forma de gestión (es decir, medida política) de aquellos que son marginados en la nueva dinámica de la economía mundial, de la caída del Estado de bienestar social. Y así, se pasa a discutir justamente sobre el derecho penal y la política criminal en esta nueva fase de la historia.

2.2. El derecho penal y la política criminal en la era de la globalización y la perifería del capitalismo.

Con el derrocamiento del Welfare State y con el ascenso de las políticas neoliberales de reducción

del papel del estado (14) como agente promotor de bienestar, como dicho retro, se generaron nuevas clases, los incluidos en el proceso de consumo y los excluidos, marginados sin acceso al consumo y sin acceso a la salud y educación, por ejemplo, ya que éstas no son más responsabilidad del Estado y pasan a integrar la esfera del mercado y obedecen a sus reglas.

Es de notar, pues, que el control social por la vía penal es una alternativa que sobresale como medida de gestión de los problemas sociales ocasionados por la reducción de la esfera de actuación estatal en la promoción de políticas sociales; una vez reducido ese espacio, como precepta el nuevo “recetario”, sólo queda la vía represiva para control de la masa de excluidos, pues como señalan Morais e Wermuth, “para os outrora destinatários das políticas do *Welfare State*, restam agora as celas das cada vez mais superlotadas prisões” (15).

Así, emerge y se comprueba la percepción de la intrínseca relación entre el nuevo orden impuesto a los Estados-nación por la lógica de la globalización neoliberal y, por lo tanto, la reformulación de la teoría y de los fundamentos del propio Estado contemporáneo y ampliación del aparato represivo estatal. Válido señalar que no es de extrañar que cada teoría sobre el Estado esté relacionada con una teoría del derecho penal y de la pena, de modo que se comprenda el hecho de que el derecho penal represente la materialización de una política penal, siendo esta entendida como dimensión de la propia política del Estado (Zaffaroni, 1998).

De esta forma, hay una convergencia de parte de las construcciones acerca de las políticas penales desarrolladas a partir del marco instituido por el nuevo “paradigma” de la globalización neoliberal, de modo que, partiendo del dogma (absoluto) del equilibrio del mercado y de la acción racional de los

individuos, se pasa a revalidar el discurso del retribucionismo -que hace un retorno, en alguna medida, a los modelos kantianos o hegelianos- de manera que hay una tendencia a la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo, impuesta por la lógica de mercado (Zaffaroni, 1999) que pasa a sustituir las decisiones políticas que deberían ser hechas por la esfera de representación política del Estado tomando como parámetro lo establecido por el orden constitucional.

Es de notar que a partir de la absolutización del dogma “mercadológico” se tiende a una “autorreferencialidad” de manera que se reduce la necesidad de legitimación del ejercicio del poder punitivo, siendo éste ejercido de manera arbitraria e incontrolable, no habiendo posibilidad de si discrepar de Zaffaroni al afirmar que “cuanto más irracional es el ejercicio del poder, menor es el nivel de racionalidad discursiva con que se pretende legitimarlo” (Morais, Wermuth, 2013, p. 79).

Y es dentro de ese marco de reducción de la capacidad de respuesta política estatal para los problemas emergidos de la desubstancialización del derecho, que encontramos espacio para la ampliación de discursos de “tolerancia cero” (16) y ampliación de la creación de leyes penales que, al fin y al cabo, buscan, exclusivamente, controlar la masa de excluidos y marginados, y principalmente, encubrir la violencia estructural (17) representada por el desajuste del Estado providencia.

Es de relieve, a esta altura, presentar el hecho de que con la reducción de la red de protección estatal, configurada por las políticas sociales, se denota también una grave reducción en el sentido de las garantías individuales y derechos de libertad, característicos de lo que se denomina primera generación de derechos fundamentales. Mister esta observación, especialmente, en el marco de la

realidad marginal latinoamericana, en la que efectivamente las políticas sociales no se han viabilizado plenamente, y por consiguiente, hay necesaria vinculación entre Estado de Derecho y Estado de bienestar social, ya que, como afirma el eminente Paulo Bonavides, “garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial” (18).

De este modo, se evidencia que con el bloqueo a los derechos fundamentales sociales, a través de la supresión de acciones estatales positivas, hay un frondoso ataque a los propios derechos de primera generación, consubstanciando la idea de una hipertrofia de la esfera penal. De este modo pasaremos a discutir, aunque brevemente, las alternativas y posibilidades de control de la irracionalidad de la “nueva” política penal de la globalización neoliberal.

3. Derecho, política y orden constitucional: a la búsqueda de la democracia perdida y el control del derecho penal.

Después de dos guerras mundiales y las diversas atrocidades cometidas por los regímenes autoritarios, por la “solución final” dada por el régimen nazi que tuvo el sello de gran parte de la población alemana, el mundo se vio con la necesidad de rediscutir los caminos a seguir y cómo hacer esto; la idea de Derecho y de la propia Democracia, fueron colocadas en el “banco de los acusados”. Es así como surge en el mundo el movimiento acerca de la construcción de

Constituciones normativas, con núcleo rígido de derechos y garantías fundamentales, que viabilizar la dignidad de la persona humana.

Siguiendo el movimiento ocurrido en Europa, tenemos en Brasil algo semejante, pero que necesita ser interpretado conforme a las peculiaridades de nuestra realidad. Tenemos una historia marcada por el autoritarismo, el cual podemos decir que nos fue legado por el largo proceso de colonización y que dejó marcas en la formación del propio Estado brasileño. Es después de otro largo período de régimen autoritario que surge el Texto Constituyente de 1988 que recibe el cambio ocurrido en el continente europeo, incorporando la idea de fuerza normativa de su texto, un núcleo vasto de derechos fundamentales (19) y instituye el Estado Democrático de Derecho.

Es significativo que el texto constitucional haya traído en su art. 1º, que Brasil sea un Estado Democrático de Derecho, pues importa en un cambio de paradigma, o sea, es una nueva forma de pensar el Derecho y propio Estado, pues como enuncian Streck y Bolzán “Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade” (Streck, Morais, 2014, p. 98), de modo que desea “ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare state* neocapitalista –, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores” (20).

En el intento de mejor configurar Estado Democrático de Derecho, se puede afirmar, aún con Streck y Bolzan, como principios del Estado Democrático de Derecho: la vinculación a una Constitución, organización democrática de la

sociedad, sistema de derechos fundamentales individuales y colectivos, Justicia Social igualdad, separación de las funciones del Estado, legalidad, seguridad y seguridad jurídicas ((Streck, Morais, 2014, pp. 99 e ss).

De los principios enunciados podemos afirmar que el Estado Democrático de Derecho es sobre todo como un Estado Constitucional, por cuanto encuentra como base una Constitución normativa que sirve además de garantía jurídica, como fuente de legitimación de la acción política estatal, apuntando directivas también para la propia sociedad como forma de garantizar la transformación de la realidad. La vinculación a la Constitución, a su vez, importa en el respeto a la organización democrática de la sociedad como cara de la libertad para garantizar la manifestación de los intereses político-sociales.

Siendo así, podemos entender que a partir del cambio de paradigma el Derecho, el Estado y la Política necesitan una refundación, incluso como instrumento de garantía de su legitimidad. En el Estado Democrático, adecuado a la realidad del capitalismo marginal brasileño, se necesita respetar el núcleo fundamental del texto fundante del Estado, así como guiar las decisiones políticas estatales en el sentido de transformar la realidad en el que está inserto (permaneciendo, por lo tanto, vinculado a la realidad un contenido utópico, pero que no se desliga de la materialidad de la existencia, del mundo) posibilitando, así, alcanzarse, aunque precariamente, los objetivos establecidos en el texto constitucional (21) para la república brasileña.

De tal modo, al pensar sobre el Estado Democrático de Derecho estamos hablando de un Estado Constitucional en el que el fundamento para el actuar del propio Estado se encuentra en su conformidad con el texto constitucional o como

bien nos aclara Bercovici, se impone la exigencia “Passa-se a se exigir a fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos. Tradicionalmente, essa fundamentação material é dada essencialmente pelos direitos fundamentais” (22).

Siendo así, a partir de esa concepción, encontramos el entrelazamiento entre el actuar del Estado, como decisiones políticas y su necesaria adecuación a la Constitución, la cual no puede ser entendida en su mera dimensión formal, sino encontrando su sentido en la realidad misma a la que tiene como objetivo girar.

Por lo que se aclara acerca del Derecho y de la Política a partir de la construcción pretendida por el orden constitucional (y la tradición en la que se inserta) inaugurada en 1988, se evidencia que no hay una mera tensión, sino una verdadera contraposición entre ella - la Constitución y el orden por ella inaugurada - inconciliable con lo que pretende el nuevo orden económico mundial a través del proceso de globalización neoliberal.

El proyecto democrático que se elabora en nuestra Carta Política exige una acción efectiva para asegurar el acceso a los derechos sociales y económicos, a fin de garantizar la dignidad de la persona humana, en la medida en que amplía el papel del Estado y del Derecho con el mismo el objetivo de protección de los menos favorecidos, en otras palabras, pretende garantizar la ecuanimización entre los incluidos y los excluidos. Para aclarar esta perspectiva brevemente, son oportunas las palabras de André Copetti, en el sentido de que en el marco del Estado Democrático de Derecho de la Constitución Federal, “[...] começa a se desenhar uma proposta de um Estado liberal mínimo e de um Estado social máximo, o que implica um Estado e um Direito mínimo na esfera

penal e, por outro lado, um Estado e um Direito máximo na esfera social” (23).

En ese marco, la política penal de la globalización neoliberal-entendida como una dimensión de la propia política de este nuevo modelo- se contraponen con lo que establece el orden jurídico fundado en nuestra Ley Mayor. Si aquella tiende a una ampliación de la esfera penal, ésta pretende lo opuesto. Es de notar, pues, que esa se sostiene en el dogma del equilibrio del mercado y su mantenimiento, especialmente, a través del control social por el camino de la represión.

Por otro lado, en contraposición a los principios metafísicos que fundamentan ese nuevo orden, el proyecto constitucional es sobre todo un proyecto existencial, de modo que el derecho penal (entendido, resalte, como materialización de una política) adecuado a la Constitución significa que servirá como “[...] instrumento que dê condição de possibilidade para o ‘desvelar’ e que permita o ‘encontro’ d(n)o mundo em que há a coexistência entre os indivíduos. Em verdade, o pensamento penal deve ter como eixo central o próprio homem e não se achar autossuficiente em seus próprios termos, tornando homem meio” (24).

Por lo expuesto retro se percibe una tendencia al uso arbitrario del poder punitivo, especialmente, en la tendencia neoliberal en el sentido de utilizar la represión como medida de control de las masas. Es de notar que en el ámbito penal, pasamos a vincularnos a una perspectiva agnóstica de la pena. El presupuesto de esta tesis es de entender la pena como concepto político de modo que se hace posible reducir el nivel de arbitrariedad y controlar la expansión del fenómeno punitivo, especialmente a partir de la idea de un dirigismo constitucional a la política (25).

En esta esfera, la Constitución y, especialmente, su núcleo principiológico servirá como parámetro de control de los arbitrios que tienden a existir en el ejercicio del poder punitivo. De este modo, se evidencia que el control de constitucionalidad, especialmente a partir de los principios constitucionales, se transforman en una medida de control de racionalidad de la política penal.

3.1. Principios constitucionales y la racionalización del derecho penal en la globalización.

Con los acontecimientos históricos del siglo XX y la emersión de un lado sombrío de la humanidad, pasó a significar no sólo una modificación en la forma como se entiende la relación entre el derecho y la política, sino que propició un sensible cambio en la propia teoría del derecho, alejándose de posicionamientos positivistas que pretendían entender el derecho como un sistema de reglas, e incorporando la noción de principios que pasan a ser el corazón de las Constituciones modernas.

Es sobre todo importante resaltar que no se deben confundir los principios constitucionales con los gastos generales del derecho. A toda evidencia, estos se construyen a partir de otro “vector de racionalidad”, es decir, la idea de causalidad la cual es incorporada en mayor o menor medida por los diversos positivimos (fático, normativista o axiológico) atribuyendo un cierto carácter matemático para tal concepto (Oliveira, 2008; Abboud, Carnio, Oliveira, 2015, pp. 305 e ss).

Diametralmente a los principios generales del derecho, los principios constitucionales, apartándose de las abstracciones de los modelos guiados por la causalidad, dan al derecho una condición de posibilidad en una dimensión existencial, pues, “a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito, porque, por meio dos princípios, passa a canalizar para o

âmbito das Constituições o elemento do mundo prático” (26). En este sentido es imperativo decir que los principios constitucionales “[...]se distinguem decisivamente dos ‘princípios gerais do direito’ que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídicos-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu *sentido* e não apenas a sua *racionalidade*” (27).

Siendo así es necesario decir que para los principios constitucionales no basta la mera conformación racional (formalmente considerada) siendo ellos normativos y extrayendo su normatividad de la convivencia pública intersubjetiva de la cual surgen sus vínculos los cuales existen a partir de la moralidad política de la comunidad (Streck, 2014b, p. 67), por lo tanto, exigen más allá de la racionalidad, una adecuación del sentido, o sea, del ser del propio sistema jurídico. Así, no de otra manera es que los contemporáneos principios constitucionales “possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na facticidade” (28).

Así pues, el derecho penal debe buscar su fundamento en su conformidad con los principios constitucionales para ser plenamente un instrumento de libertad (y no de opresión), permitiendo que el hombre sea libre en su modo de ser más auténtico, siendo aquellos — los principios — condicionadores a la violencia del ejercicio del poder, importando, también en el desvelamiento de esa violencia. De este modo, la adecuación a los principios constitucionales significa reconducir al

centro del sistema el hombre a partir de una determinada interpretación antropológica.

Para esa empresa, nuestra Carta Política trae un núcleo principiológico orientado a la contracción del ejercicio del poder punitivo, preocupándose, por lo tanto, al “cómo castigar en lugar de presentar algún discurso de justificación para la pena autorrefente. Para ello, además de traer explícitamente algunos principios (los que son comúnmente discutidos por la doctrina), trae también principios implícitos, pero que no tienen menor valor, muy al contrario, tienen una importancia igual a los explícitos, ya que traducen la propia esencia del Estado Democrático de Derecho. En esa medida los principios constitucionales sirven como medida de racionalización a la irracionalidad de la hipertrofia del sistema penal como pretende el modelo propuesto (e impuesto) por la globalización neoliberal. Esta se desvincula de un proyecto en relación al propio hombre, una vez que el hombre se vuelve medio y no fin, de modo que se contraponen completamente a lo que pretende el texto constitucional, el cual se elabora a partir de una realidad, a partir de una realidad, las peculiaridades y es así que se construye un sentido fundamentado en un proyecto de existencia para los ciudadanos. Entre la Constitución y los preceptos metafísicos de una irracionalidad desconexa de cualquier hilo con lo real, la alternativa a ser escogida no es otra, sino el proyecto de nuestra Ley Mayor.

4. Consideraciones finales: el canto de las sirenas y la enseñanza de Ulises.

La Grecia, para muchos la cuna de la civilización occidental, nos legó pensadores como Platón y Aristóteles, pero también nos dejó tragedias y lecturas mitológicas, a ejemplo de la historia de

Ulises (o Odiseo), uno de los héroes de la Guerra de Troya, conforme a la *Ilíada* de Homero. En la vuelta a su reino, la isla griega de Ítaca, aún según narrativa de Homero, ahora en *Odisea*, pasó por una región conocida por los numerosos naufragios causados por sirenas, criaturas que adornaban a los marineros con su canto suave, guiándolos en hacia las rocas para luego devorarlos. Sabiendo eso, Ulises ordenó a sus hombres que taparan los oídos con cera y que todos, incluso él, fueran atados al mástil del barco, de modo que hipnosis cualquiera los pudiese liberar. Así ocurrió y pasaron ilesos por el canto de las sirenas.

Lo que encontramos hoy, se asemeja al canto de las sirenas de la mitología griega. Sin embargo, más allá de la historia, en nuestro caso, nos enfrentamos con una irremediable tragedia diaria que ofusca cualquier horizonte que pueda significar una salida hacia nuestro caos.

El cambio desencadenado por la globalización neoliberal y que culmina en la retirada del carácter transformador de la realidad del Estado Democrático de Derecho, aniquilando la dimensión sustancial de la Constitución, además de la negación de las propias comprobaciones empíricas que surgen en el “enfrentamiento” entre Proyecto (constitucional) y el que lo rodea, sirve para encubrir un largo y masacrante proceso de violencia contra una capa del tejido social que permanece subyugado y excluido de la protección que incumbe al Estado ya la propia sociedad.

Además de las consecuencias indudables ya presentadas, es preciso que se destaque el agravamiento de la situación latinoamericana, que se vuelve, una vez más, un punto de explotación al servicio de los intereses de los grandes conglomerados internacionales y una gran prisión a cielo abierto. Los que no están presos dentro de las

rejas de una prisión, están presos, en su mayoría, en su propia condición existencial desprovista de dignidad, de garantías y de derechos, y aún presos dentro de las propias casas debido al aumento innegable de la violencia y ante una completa incapacidad de resolución de tal problema por parte del Estado.

En ese escenario, el “canto de las sirenas” nos propone a cada instante una alternativa autoritaria, de reducción de garantías individuales y una ampliación de los tentáculos represivos del poder estatal, aún al servicio de los intereses que no son los nuestros. Este discurso es producido justamente por aquellos que son responsables de esa situación. Es necesario que se coloque claramente que los problemas sociales, especialmente en la realidad brasileña, no pueden ser solucionados sin combatir sus causas, y no sus consecuencias, especialmente tratando la política criminal como la única salida. De hecho, la salida es política, sin embargo, una política social.

Es sobre el discurso, vacío, de la “crisis” que se sostienen las medidas autoritarias y especialmente, la aniquilación de gran parte de la Constitución; en realidad, la crisis, como se presume, es algo contingente y pasajero, sin embargo, la “nuestra” crisis, es estructural, no tiene nada de pasajera, es mucho más un proyecto de eterna sumisión.

Esto puesto, más que el imaginario autoritario, necesitamos aprender con Ulises; incluso ante un hermoso canto, necesitamos atarnos al mástil de nuestro barco bajo riesgo de naufragar junto con él, y sin lugar a dudas ese mástil es la Constitución y el proyecto por ella dirigido. En su amplitud, y especialmente, en lo que se refiere a un direccionamiento de la política, necesitamos reencontrarnos como nación en la convergencia a lo que establece nuestra Ley Mayor, de modo que a

través de la reconstrucción de los lazos políticos y jurídicos en torno al texto constitucional, podamos reestablecer la fuerza normativa de este y posibilitar que la Constitución vuelva a constituir.

Notas.

(1) Es justamente a partir de los años 30 que empiezan a materializarse políticas enfocadas para la estructuración de lo que pasó a ser conocido como el Welfare State, o sea, el Estado de bien-estar social que coincide justamente con el período de aplicación del proyecto de Lord Keynes.

(2) “Estas economías necesitan ser equilibradas y pueden ser equilibradas, lo que implica que el estado asuma funciones complejas en el ámbito de la promoción del desarrollo económico, la lucha contra el desempleo y la promoción del pleno empleo, la redistribución de la renta y la seguridad social” (traducción de los autores) (Nunes, p. 30).

(3) “Los fieles al ideario liberal del *laissez-faire*, de la mano invisible y de la ley de Say, defienden que las economías capitalistas tienden espontáneamente para el equilibrio de pleno empleo en todos los mercados, por lo que no necesitan ser equilibradas, siendo innecesarias las políticas anti-cíclicas y siendo innecesarias e inconsecuentes las políticas de lucha contra el desempleo, que no logran eliminarlo y generan inflación” (traducción de los autores) (Nunes, 2003a, p. 33).

(4) “Se traduce esencialmente en la creación de un mercado mundial unificado gracias a los desarrollos operados en los sistemas de transporte [...] y en las tecnologías de la información, que permiten controlar desde el centro una estructura productiva dispersada por varias regiones del mundo y permiten obtener información y actuar en base a ella, en tiempo real, en cualquier parte del mundo, desde cualquier punto del globo” (traducción de los autores) (Nunes, 2003a, p. 81).

(5) “El Estado es reorganizado y dinamizado de conformidad con las injunciones y las posibilidades de la dinámica de los procesos de concentración y centralización, comprendiendo el desarrollo desigual, contradictorio y combinado, operando a escala mundial” (traducción de los autores) (Ianni, 1998, p. 30).

(6) “Cuando se sacuden las bases sociales y mentales de referencia de unos y otros, todos son desafiados a repensar sus prácticas y sus ideales, comprendiendo sus convicciones y sus ilusiones. Al mismo tiempo que se sacuden las formas de sociabilidad que parecían establecidas y el juego de las fuerzas sociales que parecía ecuacionado, se sacuden las interpretaciones y los imaginarios que parecían sedimentados” (traducción de los autores) (Grau, 2008, p. 27).

(7) “El desarrollo capitalista reclama previsión y calculabilidad y la racionalidad del mercado corresponde a ese derecho, como forma de dominio racional viabilizador de la circulación mercantil” (traducción de los autores) (Grau, 2008, p. 120).

(8) “Marcado por el advenimiento del fenómeno de las crisis en los procesos de mercado, el Estado, asumiendo la función de administrarlas, el Estado, asumiendo la función de administrarlas, echa mano del derecho como instrumento orientado a su preservación. La actuación del Estado, en este sentido, es emprendida bajo múltiples modalidades y facetas” (traducción de los autores) (Grau, 2008, p. 124).

(9) “La globalización financiera conduce, sin embargo, al agotamiento, el deterioro de la capacidad estatal de por el derecho (= derecho puesto). Los mercados financieros globalizados pasan a ser regulados por otros sujetos distintos del Estado. El mínimo normativo indispensable para su funcionamiento y establecido el margen de él, como *lex mercatoria autorreguladora*” (traducción de los autores) (Grau, 2008, pp. 274-275).

(10) Acerca de la distinción, cf. Grau, 2008, e Nunes, 2003a.

(11) Para un enfoque más aprofundado cerca la temática de la teoría de los sistemas la cual fundamenta tal perspectiva de análisis cf. Teubner, 1983. Y todavía acerca de la imbricación deseada por Teubner entre el pensamiento de Luhmann y Habermas cf. Neves, 2012.

(12) “Esta soberanía obligatoriamente compartida, so pena de acabar quedando al margen de la economía globalizada, ha obligado al Estado-nación a revisar su política legislativa, a reformular la estructura de su derecho positivo ya redimensionar la jurisdicción de sus instituciones judiciales amplias y ambiciosas estrategias de desregulación, deslegalización y desconstitucionalización, implementadas paralelamente a la promoción de la ruptura de los monopolios públicos” (traducción de los autores) (Faria J.E., 1997, p. 47).

(13) Faria J.E., 2001, pp. 202 e ss. Aínda sobre incluidos e excluidos, cf. Morais J.L.B., Wermuth M.A.D., 2013, pp. 164 e ss.

(14) Es pertinente, la representación hecho por Loïc Wacquant en ensayo en el que expone su análisis cerca de la ascensión del Estado penal en la América: “Ainsi se dessine la figure d'une formation politique d'un type nouveau, sorte d'«État centaure» doté d'une tête libérale montée sur un corps autoritariste, qui applique la doctrine du « laissez-faire et laissez-passer » en amont des inégalités sociales, au niveau de leurs causes, mais qui se révèle brutalement paternaliste et punitif en aval dès lors qu'il s'agit d'en assumer les conséquences” (Wacquant, 1998, p. 7).

(15) “Para los otrora destinatarios de las políticas del Welfare State, quedan ahora las celdas de las cada vez más superpobladas prisiones” (traducción de los autores) (Morais J.L.B., Wermuth, 2013, p. 168).

(16) En el sentido de que las políticas de “tolerancia cero” se constroem con la ascensión del “Estado neoliberal” son percucientes las conclusiones de Wacquant (1998). Todavía cerca de una exposición y profunda crítica a la esas políticas cf. Santos Júnior, 2016, pp. 211 e ss.

(17) Sobre una exposición cerca de la violència estructural, o sea, a supressão de direitos sociais, cf. Santos Júnior, 2016, pp. 97 e ss.

(18) “Las garantías sociales son, en el mejor sentido, garantías individuales, garantías del individuo en su proyección moral de ente representativo del género humano, compendio de la personalidad, donde se congregan los componentes éticos superiores mediante los cuales la razón califica al hombre en los distritos de la libertad, trazando es una circunferencia de libre albedrío que es el espacio de su vivencia existencial” (Bonavides, 2015, p. 677).

(19) Incluso un rol extenso de derechos fundamentales sociales. En el caso de que se produzca un cambio en la calidad de vida de la población, se debe tener en cuenta que, dignidad de la persona humana. En estos términos, se torna inevitable la constatación que la Constitución de 1988 se caracteriza por lo que se conoció como Constitución Dirigente. Esta tesis tiene Hatcher ante la idea de alemán Peter Lerche, pero que se había extendido en suelo brasileño a partir del trabajo del eminente constitucionalista portugués José Joaquim Gomes Canotilho, la búsqueda de la recepción, aunque los cambios operativos que se ajusten a la realidad brasileña en las obras de juristas de escol como Lênio Streck

e Gilberto Bercovici. Para más sobre la temática, cf. Streck, 2014a; Bercovici, 1999; Bercovici, 2011.

(20) “Superar no sólo la formulación del Estado Liberal de Derecho, sino también la del Estado Social de Derecho, vinculado al Welfare state neocapitalista, imponiendo al orden jurídico ya la actividad estatal un contenido utópico de transformación de la realidad. Dicho de otro modo, el Estado Democrático es más normativo en relación a las formulaciones anteriores”(traducción de los autores) (*Ibidem*, p. 100).

(21) Constituição Federal de 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

(22) “Se pasa a exigir la fundamentación sustantiva para los actos de los poderes públicos. Tradicionalmente, esta fundamentación material se da esencialmente por los derechos fundamentales” (traducción de los autores) (Bercovici, 1999, p. 38).

(23) “Se comienza a dibujar una propuesta de un Estado liberal mínimo y de un Estado social máximo, lo que implica un Estado y un Derecho mínimo en la esfera penal y, por otro lado, un Estado y un Derecho máximo en la esfera social” (traducción de los autores) (Copetti, 2000, p. 83).

(24) “Instrumento que dé condición de posibilidad para el 'desvelar' y que permita el 'encuentro' d (n) el mundo en que hay la coexistencia entre los individuos. En verdad, el pensamiento penal debe tener como eje central al propio hombre y no hallarse autosuficiente en sus propios términos, haciendo hombre medio” (Oliveira Neto, Rosado da Escóssia, 2018, p. 598).

(25) Sobre esta materia de la teoría agnóstica, es de notar la importante contribución del eminente Tobias Barreto que recoloca la pena en el ámbito distante de los “universos metafísicos” pretendidos por la mayoría de los discursos justificadores, y la trae a lo "humano". Profundizando sobre cf. Carvalho, 2013; Zaffaroni, 2010; Barreto, 1892.

(26) “La superación del modelo de reglas implica una profunda alteración en el derecho, porque, por medio de los principios, pasa a canalizar hacia el ámbito de las Constituciones el elemento del mundo práctico” (traducción de los autores) (Streck, 2014b, p. 288).

(27) “Se distinguen decisivamente de los 'principios generales del derecho' que el positivismo normativista-sistemático viaja como axiomas jurídicos-rationales de su sistema jurídico, pues son ahora principios normativamente materiales fundamentantes de la propia juridicidad, expresiones normativas de 'el derecho' en que el sistema jurídico cobra su sentido y no sólo su racionalidad” (traducción de los autores) (Oliveira, 2015, p. 315). Grifos nossos.

(28) “Que tienen un profundo enraizamiento ontológico (en el sentido de la fenomenología hermenéutica), porque esa perspectiva ontológica está orientada hacia el hombre, para el modo de ese hombre ser en el mundo, en la facticidad” (traducción de los autores); *Ibidem*, p. 234.

Bibliografía.

- Barreto T., *Estudos de Direito*, Laemmert, Rio de Janeiro 1892. Disponible en:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224199>. Acesso em: 20 dez. 2016.

- Bauman Z., *Modernidade líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2001.
- Bercovici G., *La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution*,. Buletin Stiintific - Scientific Bulletin, Romania, v. 20, 2011, pp.1-33, 2011.
- Bercovici G., “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 36, n. 142, 1999, pp. 35-51.
- Bonavides P., *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2015.
- Carvalho S., *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*, Saraiva, São Paulo, 2013.
- Copetti A., *Direito penal e o estado democrático de direito*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000.
- Faria J.E., *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.
- Faria J.E., *Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão*, Estudos Avançados, São Paulo, vol. 11, n. 30, 1997, pp. 43-53.
- Grau E.R., *O direito posto e o direito pressuposto*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008.
- Harvey D., *Neoliberalismo: História e Implicações*, Loyola, São Paulo, 2008.
- Ianni O., *Globalização e Neoliberalismo*, São Paulo em perspectiva, São Paulo, vol. 12, n. 2, 1998, pp.27-32.
- Morais J.L.B., Wermuth M.A.D., *A Crise do Welfare State e a Hipertrofia do Estado Penal*, Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, [s.l.], vol. 34, n. 66, 22 jul. 2013, pp.161-186.
- Neves M., *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, 3ª ed., Wmf Martins Fontes, São Paulo, 2012.
- Nunes A.J.A., “Neoliberalismo, Capitalismo e Democracia”, *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 46, 2003a, pp. 9-66.
- Nunes A.J.A., *Neoliberalismo e Direitos Humanos*, Editorial Caminho, Lisboa, 2003b.
- Oliveira Neto J.P., Rosado da Escóssia C.A., “Fundamentos constitucionais para um direito penal democrático: limites ao poder de punir do estado na constituição brasileira”, *RJLB – Revista jurídica luso-brasileira*, vol. 4, 2018, pp. 575-607.
- Oliveira R.T., *Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

- Santos Júnior R.T., *A guerra ao crime e os crimes da guerra*, Empório do Direito, Florianópolis, 2016.
- Streck L.L., *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4[^] ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- Streck L.L., *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 5[^] ed., Saraiva, São Paulo, 2014b.
- Streck L.L., Morais J.L.B., *Ciência Política e Teoria do Estado*, 8[^] ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014.
- Rosa A.M., “Discurso neoliberal e Estado democrático de direito”, *Ciências Sociais Aplicadas em Revista*, Marechal Cândido Rondon, vol. 8, n. 15, 2008, pp. 27-40.
- Teubner G., “Substantive and reflexive elements in modern law”, *Law & Society Review*, vol. 17, n. 2, 1983, pp. 239-285.
- Wacquant L., «L'ascension de l'État pénal en Amérique», *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 124, Septembre 1998, pp. 7-26.
- Zaffaroni E.R., *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*, 5[^] ed., Editora Revan, Rio de Janeiro, 2010.
- Zaffaroni E.R., “La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal”, *Direito e Cidadania*, Praia - Cabo Verde, vol. 3, n. 8, 1999, pp.71-96.
- Zaffaroni E.R., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998.