

## O Direito Processual Penal entre dogmática e crítica

*Elmir Duclerc Ramalho Junior*

Introdução. 1 Os discursos de justificação da jurisdição e do processo. 2 A natureza tecnológica do saber jurídico. 3. A teoria geral do processo penal como saber “dogmático”. 4 A teoria geral do processo penal e o pensamento crítico. 5 A jurisdição penal e a criminologia crítica. 6. A função garantidora da teoria geral do processo. Conclusões. Referências bibliográficas.

### Introdução

Os temas Jurisdição e Processo, como se sabe, ocupam um lugar de destaque no âmbito das ciências processuais em geral, na exata medida em que constituem uma espécie de espinha dorsal que dá sustentação aos demais institutos processuais. Não obstante, o tratamento que lhes dá a doutrina processual pátria não faz jus à sua importância, mas, ao contrário, parece limitar-se à repetição acrítica de discursos dogmáticos mofados que em nada contribuem para a evolução

das ciências processuais no particular.

O presente trabalho, assim, tem por objetivo colaborar modestamente para a superação dessa tendência, abordando os referidos temas de forma crítica, partindo dos discursos colhidos da doutrina processualista tradicional para demonstrar a sua fragilidade teórica e sua função essencialmente ideológica, sem perder de vista, todavia, a importante função de garantia desses institutos que, ainda que maltratados, operam como verdadeiros diques de segurança à disposição do indivíduo face ao arbítrio punitivo do Estado.

## 1. Os discursos de justificação da jurisdição e do processo

Tornou-se comum entre os tratadistas e manualistas de Direito Processual, de um modo geral, iniciarem as suas obras apresentando a jurisdição e o processo como instrumentos de

atuação do Estado Moderno para a pacificação dos conflitos de interesses travados pelos indivíduos em sociedade.

Grinover, Cintra e Dinamarco, por exemplo, em sua festejada Teoria Geral do Processo, iniciam chamando a atenção para a necessária relação entre direito e sociedade. Segundo os referidos autores:

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do eqüitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar..[1]

Nas linhas que se seguem, os autores lembram que a existência de normas de direito material disciplinando geral e previamente as relações entre os indivíduos não é suficiente para eliminar os conflitos, reclamando, assim, a existência de mecanismos complementares.

Nesse passo, prosseguem os autores discorrendo sobre uma suposta linha evolutiva de sistemas de solução de conflitos, examinando, em linhas gerais, alguns desses institutos, (autotutela, autocomposição e arbitragem), culminando com o exercício da jurisdição (através do processo), definida como uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade que o estado tem de decidir imperativamente e impor decisões[2], sendo certo que a nota distintiva da função jurisdicional (entre administração e legislação) seria a sua finalidade pacificadora.

Na mesma linha, tem-se o pensamento de Tourinho Filho, que assevera: “Visando à continuidade da vida em sociedade, à defesa das liberdades, em suma, ao bem-estar geral, os homens organizaram-se em Estado”. [3] E mais: “Foi, pois, pela necessidade de pacificar o grupo e de restabelecer em benefício dele a ordem jurídica, ameaçada ou violada, que o Estado interveio no campo da administração da justiça” [4].

De igual modo, sustenta Frederico Marques:

O processo é uma das formas de se resolverem conflitos de interesses. A lei regula e tutela, no conteúdo de suas normas, esses interesses. Inaplicada a regra legal, violado está, por

isso mesmo, o interesse nela garantido. Para evitar a luta privada e impedir a abdicação de direitos indisponíveis, o Estado exerce a função jurisdicional.[5]

Até mesmo autores mais afetos ao pensamento jurídico crítico, como o Prof. Afrânio Silva Jardim, embora reconheçam que o Estado encontra-se, no mais das vezes, a serviço de interesses das camadas hegemônicas da sociedade, não deixam de reconhecer nele um instrumento necessário para a realização do bem comum.

Veja-se o que se recolhe do pensamento do mestre carioca:

Como vemos, Marx desnuda o social, reduz o direito a uma mera projeção da ordem econômica, manipulada pela classe capitalista, detentora da riqueza social... Trata-se de um desvio no processo civilizatório. A própria concepção que hoje temos do Direito e, de certa forma, de sua prática, é a prova de que as conquistas éticas a ele são incorporadas, o que lhe dá nova perspectiva no mundo atual.[6]

A prosseguir na resenha doutrinária, verificar-se-ia quase sempre a mesma coisa, ou seja, a necessidade, compartilhada pelos processualistas, de apresentar, logo em suas primeiras linhas, uma espécie de justificação ideológica (mais ou menos ingênua) da jurisdição e do processo como o caminho mais justo e racional de resolução de conflitos.

Mas por que as coisas se apresentam dessa forma? A que se pode atribuir essa necessidade quase universal da doutrina processualista em justificar teoricamente a jurisdição e o processo? Até que ponto é possível aceitar esses discursos, sobretudo face à grave situação de crise em que se encontra imersa a prestação jurisdicional nas mais diversas áreas?

Para tentar oferecer resposta a questões dessa natureza, pensa-se ser indispensável algumas considerações sobre os diversos enfoques teóricos sob os quais pode ser estudado o Direito Processual Penal.

## 2. A natureza tecnológica do saber jurídico

Inicialmente, impõe-se fazer algumas considerações sobre a natureza do fenômeno jurídico e da ciência jurídica, da forma como se manifestam hoje, necessariamente inseridos no contexto da chamada sociedade de consumo. Aqui, mais uma vez, convém trazer à colação a crítica vigorosa do professor Tércio Ferraz, que, de forma magistral, traça um perfil do fenômeno jurídico na contemporaneidade e da própria ciência jurídica, como sendo, o primeiro, um fenômeno decisório por excelência, e a segunda, uma simples ferramenta tecnológica.

Para chegar a essas conclusões, parte Tércio Ferraz do pensamento de Hanna Arendt, mais precisamente do esquema evolutivo imaginado pela filósofa, no que se refere às diversas visões de mundo do homem ocidental desde a Antigüidade[7], para demonstrar como essa evolução repercute de forma decisiva na maneira de enxergar o direito e o seu conhecimento nos dias atuais.

Em síntese, o que sustenta Arendt é que a Antigüidade distinguia dois grandes espaços (ordens de existência, para Aristóteles) em que se desenvolvia a atividade do homem: a polis e a oika.

A oika representava a esfera do privado (do latim privus: privado de), em que a necessidade coagia o homem (animal laborans) a uma atividade visando à sobrevivência (labor ou labuta), voltada, assim, para a produção de bens de consumo, como o alimento, que se integrava ao corpo. Tratava-se, portanto, de uma atividade fugaz, já que não tinha em vista qualquer outra finalidade além da subsistência. Nesse espaço não havia liberdade, já que o homem era escravo da necessidade e só alguns privilegiados logravam libertar-se dessa opressão e alcançar o status de cidadão ou cives.

A polis, que constituía a esfera pública, era o âmbito de atividade do cidadão. Nesse espaço, a atividade desempenhada pelo homem é denominada ação, desenvolvida e compartilhada entre homens livres. À semelhança do labor, trata-se de uma atividade sem um fim determinado, mas que,

ao contrário dele, dignifica o homem (zoon politikon). Nesses termos, a ação é naturalmente ilimitada e imprevisível, donde se explica a instabilidade dos negócios humanos. Daí a necessidade da ars e da techne como limites à ação política para garantir a estabilidade. Assim, era tão necessária a delimitação física da polis, mediante a construção de muros (trabalho do arquiteto), quanto a construção de uma legislação (trabalho do legislador), como uma espécie de limite institucional da cidade.

O trabalho, ao contrário da ação e do labor, tinha uma finalidade específica e era dominado por uma lógica de tipo meio-fim. O resultado do trabalho é o produto que, ao contrário do que acontece com os bens de consumo, não se confunde com o próprio homem, mas se destaca do produtor, adquirindo permanência no mundo. Tinham-se, assim, a lex, como produto do trabalho, e o jus, como produto da ação humana, de forma que o que condicionava o jus (inserido dentro do conceito de virtude e justiça) era a lex.

A partir da era moderna, verifica-se, de um lado, uma progressiva perda do sentido antigo de ação, enquanto associada à virtude, e, de outro, sua confusão com o conceito de trabalho, enquanto atividade finalista. Daí a redução, também, do jus à lex. O fabricar dos antigos, porém, era um domínio sobre coisas e não sobre homens, de sorte que, transportado o fabricar para o mundo político (da ação), o agir humano acaba por se transformar numa atividade produtora de bens de uso e o direito é reduzido à norma. O jus, igual à lex, será encarado como comando, como relação impositiva de

uma vontade sobre outra com a finalidade de atingir certos fins (paz, segurança, bem-estar, etc.).

Essa passagem (da sociedade do *zoon politikon* para a do *homo faber*) faz com que as coisas, inclusive a ação, percam o seu valor intrínseco e se instrumentalizem conforme uma lógica de meio/fim. O *homo faber*, nesses termos, degrada o mundo de tal forma que, para tornar possível a compreensão do verdadeiro significado das coisas, tornou-se necessária a construção, no âmbito da filosofia, do conceito paradoxal de fim-em-si-mesmo, de Kant, com a sua célebre norma ética segundo a qual nenhum homem pode ser objeto de satisfação dos interesses de outro.

Note-se, todavia, que isso não chega a resolver o problema, visto que, se o homem é um fim-em-si-mesmo, então todas as outras coisas passam a ser desvaloradas quando não estiverem a serviço da felicidade do homem. Finalmente, a concepção do homem como *homo faber* traz consigo a substituição, no centro da vida política, da figura do *zoon politikon* pela figura do mercador: o homem só consegue se relacionar com outros através da troca de produtos.

Nessa sociedade, o homem passa a valer pelo que produz e o direito passa a ser visto e compreendido como um instrumento de troca. O *jus* passa a coincidir totalmente com a *lex*, como um objeto de uso, como um bem que é produzido (editado), protegido, cedido, etc. Trata-se, para Tércio Ferraz, de uma cultura alienante, pois as relações humanas são travadas através dos produtos. O direito, considerado como objeto de

uso, é despersonalizado, encarado como conjunto abstrato de normas e direitos subjetivos. E essa cultura constitui a base de uma concepção que vê no direito e no saber jurídico um sistema neutro, que atua sobre a realidade de forma a obter utilidades.

Percebe-se, todavia, que a era moderna traz consigo uma mudança ainda mais radical, que se estende até os dias atuais. É que a cultura do homo faber acaba por ser substituída pela cultura do animal laborans. Ou seja, a concepção do homem e do mundo, com o avanço da era moderna, dá ênfase já não àquilo que o homem produz, mas àquilo que ele consome, isto é, à sua sobrevivência, à satisfação das suas necessidades e seus desejos. Trata-se de uma concepção de mundo extremamente individualista e ainda mais alienante. Com isso, para Tércio Ferraz, se instala a mentalidade da máquina eficaz, que uniformiza tudo para depois desvalorar, transformando coisas e homens em bens de consumo, isto é, destinados não a permanecer, mas a serem consumidos.

De fato, a verdade nas observações de Hanna Arendt, e no diagnóstico que faz da sociedade de consumo contemporânea, pode ser facilmente demonstrada. Basta, por exemplo, que se volte a atenção para o noticiário dos jornais, rádio e televisão, envolvendo temas relativos ao Estado. Sem qualquer necessidade de comprovação estatística, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a maior parte dessas notícias dá conta da atuação do Estado na gestão da economia, ou seja, são reiterados relatos da participação do Estado no gerenciamento do processo de circulação de riqueza e do consumo

desenfreado de bens e serviços. As campanhas eleitorais para cargos eletivos estão cheias de argumentos do tipo: (...) é preciso cuidar da segurança para que o país (estado ou município) possa atrair investidores e turistas e, com isso, fazer crescer a economia (...). Sem que a maioria das pessoas perceba, por trás desse discurso, há mensagem (não dita) de que, na sociedade de consumo, a própria segurança não é propriamente um fim, mas um meio para otimizar a circulação do dinheiro.

Na sociedade de consumo, portanto, o direito se torna, ele mesmo, mero instrumento de atuação, de controle, de planejamento. Trata-se de um produto fabricado em larga escala para ser rapidamente consumido (inflação legislativa), absolutamente contingente (já que vale, apenas, porque posto por decisões, não importam quais), para permitir a manipulação freqüente de estruturas contraditórias, sem que essa contradição afete a função normativa (veja-se, por exemplo, a troca freqüente de disciplina em diversos institutos), e assentado já não sobre valores, moral ou razão, mas apenas sobre um ideal de uniformização da vida social (não obstante as mudanças, as incompatibilidades, a divergência de opiniões etc.), com a prestimosa colaboração da ciência do direito, a quem compete apenas o papel tecnológico de otimizar esse processo.[8]

### 3. A teoria geral do processo penal como saber “dogmático”

Mas, visto que a ciência jurídica se apresenta, hoje, como um saber tecnológico, que significa isso em termos práticos? Qual

a tarefa precípua dessa tecnologia? Como são construídos os modelos teóricos que vão otimizar, dar produtividade, por assim dizer, ao processo decisório? Como se apresenta, nesse contexto, a Teoria Geral do Processo Penal? É possível conformar-se com esse estado de coisas?

Convém lembrar, inicialmente, que os conceitos de jurisdição e processo, na verdade, juntamente com o próprio conceito de ação, integram a trilogia clássica (jurisdição, ação, processo) que constitui a espinha dorsal teórica do Direito Processual dos dias atuais e, como bem lembra Juan Montero Aroca, resultam da evolução do Direito processual, desde os primórdios da prática judiciária até o século XX, marcado, fundamentalmente, pela introdução de um “método”, ou seja, de um sistema teórico construído em torno do conceito de processo. Nas palavras do mestre:

Si los procedimentalistas se vieron constreñidos a estudiar la ley y las formas del procedimiento eran las formas legales, los procesalistas eleborarán sistemas científicos intentando acomodar la ley dentro del sistem.[9]

A elaboração de sistemas conceituais não é privilégio da doutrina processualista, mas traduz-se, na verdade, na forma típica com a qual o jurista constrói o seu saber. Não é possível, portanto, oferecer resposta às questões postas sobre a justificação ideológica da jurisdição e do processo sem alguma reflexão crítica sobre como se constróem, de um modo geral, os conceitos jurídicos em geral.

Nesse sentido, algumas boas respostas podem ser encontradas, ainda, nas teses defendidas por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Assim, observe-se que o mestre trata de enfrentar as ditas questões com uma ênfase toda especial na problemática da linguagem, que exsurge, principalmente no século XX, a partir da obra de filósofos como Wittgenstein, Heidegger, Gadamer e outros, como novo grande paradigma[10] filosófico que se ergue contra os postulados da chamada filosofia da consciência.

É assim que, como bem registra Lênio Streck:

A partir de Investigações Filosóficas, Wittgenstein passa a ser, ao lado de Heidegger, um dos mais ardorosos críticos da filosofia da subjetividade (filosofia da consciência). Parte da idéia de que não existe o mundo em si, que independa da linguagem; somente temos o mundo da linguagem (...). A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento.[11]

Fiel ao paradigma da linguagem, Tércio Ferraz propõe um esquema teórico absolutamente original no que se refere aos modos de compreensão do jurídico, que começa por registrar a tendência dos juristas, em geral, em buscar sempre definições de alcance universal para os seus conceitos, não obstante essas tentativas, em regra, resultam em fracassos, visto que, mesmo em conceitos elementares, é muito difícil, senão

impossível, conseguir a adesão de todos.

Por outro lado, no que se refere às próprias relações entre língua e realidade, registra-se que os juristas, de um modo geral, adotam uma postura mais conservadora, aderindo a um ponto de vista essencialista[12], que entende a língua como um instrumento que designa a realidade na sua essência, donde seria possível, por conseguinte, alcançar definições reais para os objetos jurídicos.

Ao enfoque essencialista, tradicional entre os juristas, opõe-se a concepção convencionalista, que, amparada na chamada filosofia analítica[13], concebe a língua como um sistema de signos que se relaciona com a realidade de forma arbitrariamente convencionalizada pelos homens. Nesses termos, a preocupação se desloca de buscar a natureza ou essência das coisas para a pesquisa quanto aos usos comumente empregados para cada signo, e é justamente a partir dessa mudança de atitude que a lingüística moderna tem feito algumas descobertas interessantes no que se refere à língua falada.

Assim é que, em determinadas circunstâncias, as palavras são utilizadas de acordo com um sentido tradicionalmente aceito e, em tais casos, a sua definição será sempre uma definição lexical, sujeita a juízos de falsidade e verdade. Por exemplo: se dissermos que mesa é um objeto normalmente utilizado para as pessoas dormirem, essa definição é falsa, porque não coincide com a definição de mesa, conforme o uso tradicionalmente aceito. Há, contudo, algumas palavras que

não se prestam a uma definição lexical, ou porque o uso comum é muito impreciso, ou porque é imprestável para uma pesquisa mais técnica. Nesses casos, a única forma de se chegar a uma definição seria através da estipulação, isto é, através de um novo conceito estabelecido arbitrariamente. Por vezes, essa estipulação acaba por inovar completamente (palavras como o superego, de Freud, por exemplo), mas, quase sempre, parte-se de um dos usos comuns da palavra, aperfeiçoando-o. Nessa última hipótese, estar-se-ia diante de uma redefinição.

Por outro lado, uma posição convencionalista em torno do problema das relações da língua com a realidade implica, ainda, em estudar os diversos ângulos ou aspectos da análise lingüística. Daí os conceitos de semântica, sintaxe e pragmática. A análise semântica propõe-se a revelar a relação entre a palavra e o seu objeto; a análise sintática ocupa-se das relações entre os diversos vocábulos dispostos num enunciado ou numa proposição, e a análise pragmática debruça-se sobre as relações entre a palavra e os objetivos que se pretendem alcançar com a sua utilização.

Observa-se, ademais, que as redefinições da ciência jurídica envolvem algumas dificuldades adicionais, posto que, além de problemas de natureza teórica, são, também, questões de grande importância prática, já que: A proposta de um conceito envolve o seu conhecimento, mas este conhecimento tem sempre uma repercussão na própria vida jurídica.[14]

Assim é que, para o jurista, a comunicação tem um sentido

informativo (serve para descrever um estado de coisas, como também ocorre nas ciências naturais, por exemplo), mas também tem um sentido diretivo, na medida em que é utilizada para dirigir o comportamento de alguém (faça isso!). Daí que os conceitos com os quais trabalha o jurista não são estabelecidos apenas em função daquilo que representam socialmente (informação), mas, também, daquilo que devem representar (direção).

A distinção entre as funções informativa e diretiva da comunicação e seus reflexos no desenvolvimento da ciência do direito, portanto, introduzem o problema dos diversos enfoques teóricos que podem ser adotados no estudo dos institutos jurídicos. É assim que, onde predomina a necessidade de utilização meramente informativa da comunicação, se reclama um enfoque teórico zetético, enquanto que, onde predomina a necessidade de utilização diretiva da comunicação, se reclama um enfoque dogmático no trato com o direito.

Em linhas gerais, podem-se distinguir zetética e dogmática[15] conforme o tratamento dado às premissas de que parte uma determinada pesquisa científica. Enquanto para a pesquisa de natureza zetética as premissas estão assentadas em evidências verificáveis e comprováveis e só são válidas enquanto não forem negadas por novas evidências, a dogmática parte de premissas inquestionáveis, não porque estejam assentadas em evidências absolutas, mas porque foram arbitrariamente postas como premissas.

Assim:

(...) de um dogma não se questiona não porque ele veicula uma verdade, mas porque ele impõe uma certeza sobre algo que continua duvidoso. Por exemplo, para o sociólogo do direito a questão de se saber se funcionário público pode ou não fazer greve é uma questão aberta, na qual a legislação sobre o assunto é um dado entre outros, o qual pode ou não servir de base para a especulação. Sem compromisso com a solução de conflitos gerados por uma greve de fato, ainda que legalmente proibida, o sociólogo se importará com outros pressupostos, podendo, inclusive, desprezar a lei vigente como ponto de partida para explicar o problema. Já o dogmático, por mais que se esmere em interpretações, está adstrito ao ordenamento vigente.[16]

Conforme esse critério, portanto, teríamos, como disciplinas zetéticas, saberes como a sociologia jurídica, a história e a filosofia do direito, a lógica jurídica, a teoria geral do direito, dentre outras, compondo um conjunto de disciplinas auxiliares (segundo uma visão tradicional) da ciência jurídica strictu sensu, eminentemente dogmática e orientada conforme dois princípios básicos: a inegabilidade dos pontos de partida (dogmas) e a compulsoriedade de decisões.

Observe-se, ademais, que os referidos princípios balizadores resultam de exigências impostas, como já foi dito, pela própria sociedade de consumo contemporânea, em que a ciência do direito assume a feição de uma tecnologia, cujo problema central é a decidibilidade dos conflitos.[17] Isto porque, para Tércio Ferraz, o fenômeno da positivação, como é

compreendido hoje, tornou impossível ao cientista do direito trabalhar com a dicotomia verdadeiro/falso dos enunciados, no sentido de que não é possível, como ingenuamente imaginava-se no século XIX, perquirir sobre o verdadeiro direito ou o direito válido.

Nas palavras do mestre:

O século XX aprendeu rapidamente que o direito positivo não é criação da decisão (relação de casualidade), legislativa, mas surge da imputação da validade do direito a certas decisões (legislativas, judiciárias, administrativas). Isto significa que o direito prescinde, até certo ponto, de uma referência genética aos fatos que o produziram (um ato de uma vontade historicamente determinada) e sua positividade passa a decorrer da experiência atual e corrente, que se modifica a todo instante e determina a quem se devam endereçar sanções, obrigações, modificações etc.[18]

Citando Luhman[19], Tércio Ferraz assevera que a positivação representaria, hoje, ‘uma legalização do câmbio do direito’. Isso não significa, evidentemente, que a atuação do legislador perde totalmente o sentido, mas que ela se coloca dentro de certos limites, pois perde a pretensão de fazer produzir diretamente a norma posta, mas assume o papel vital de escolher uma possibilidade de regulamentação do comportamento em detrimento de outras, que, apesar disso, não desaparecem do horizonte de experiência jurídica, mas ficam aí, presentes e à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna.[20]

A esta altura, já é fácil perceber porque, como foi dito em linhas acima, o cientista do direito não pode mais cogitar de trabalhar com os conceitos de verdadeiro e falso na tentativa de identificar qual é o direito, mas, antes, deve ocupar-se daquilo que deve ser o direito, nas circunstâncias que exigem uma decisão. Daí que não faz sentido falar em verdade (ou falsidade), mas tão somente em decidibilidade.

É claro que esses diferentes enfoques teóricos (zetético e dogmático) não podem ser entendidos como departamentos estanques, mas, ao contrário, se comunicam permanentemente e interpenetram-se reciprocamente, de forma que, de um lado, por exemplo, a ciência dogmática, vez por outra, serve-se das pesquisas na área da sociologia jurídica, que, por seu turno, no nível da sociologia do conhecimento, toma para si a própria dogmática jurídica como seu objeto de pesquisa.

Postas as coisas nesses termos, percebe-se que os conceitos de jurisdição, ação e processo, que compõem, repita-se, a espinha dorsal da Teoria Geral do Processo Penal, são construídos pela dogmática processual penal, partindo de certas premissas que são arbitrariamente postas como verdadeiras, com a finalidade de assegurar a decidibilidade dos conflitos. Os discursos de legitimação da jurisdição e do processo parecem funcionar como uma espécie de “argamassa ideológica” utilizada na construção dessas premissas.

#### 4. A teoria geral do processo penal e o pensamento crítico

Ocorre, todavia, que discursos dessa natureza, embora pareçam satisfazer plenamente a grande massa dos estudantes e dos profissionais da área jurídica (e aí reside a sua função ideológica), vão se tornando cada vez mais distanciados da realidade, na exata proporção em que, de um ponto de vista zetético, os fundamentos sobre os quais se apóiam vão sendo expostos à crítica [21], juntamente com todo o paradigma sociocultural da modernidade.

Sobre a decadência desse paradigma sociocultural da modernidade, convém trazer a lume as lições de Boaventura de Souza Santos.

Inicialmente, veja-se que, para o mestre português, o paradigma cultural da modernidade foi construído antes de o capitalismo tornar-se hegemônico no mundo e sua extinção se revela como um processo complexo de superação e, ao mesmo tempo, de obsolescência; ou seja, a modernidade, como paradigma sociocultural, se extingue, seja porque está saturada em alguns aspectos, seja porque fracassou inevitavelmente em outros.

A contradição, por outro lado, decorre do fato de que o projeto sociocultural da modernidade está, desde a sua origem, assentado sobre dois pilares fundamentais que parecem estar em franca oposição: o pilar da regulação, que deve ser entendido como o conjunto de estruturas que implicam dominação e controle da ação humana, com fins a viabilizar a coexistência pacífica; e o pilar da emancipação, que se entende como o conjunto de potencialidades que criam

possibilidades de liberação do homem das formas de opressão, inclusive aquelas decorrentes dos instrumentos de regulação.

Tais pilares, outrossim, seriam compostos por alguns princípios constitutivos: de um lado, o pilar da regulação, constituído pelos princípios do Estado, do mercado e da comunidade, delineados, respectivamente, pelas obras de Hobbes, Locke e Rousseau; de outro, o pilar da emancipação, constituído por três lógicas de racionalidade, a saber: a racionalidade estético-expressiva, da arte e da literatura, a racionalidade moral-prática, da ética e do direito, e a racionalidade cognitivo-instrumental, da ciência e da técnica.

Assim, o déficit e o excesso do projeto da modernidade teriam lugar na própria pretensão de vincular os dois pilares entre si e de vinculá-los à concretização de objetivos práticos de racionalização global da vida coletiva e individual.

Note-se, ademais, que o surgimento e a afirmação hegemônica do modo de produção capitalista no mundo ocidental, para Boaventura, iriam produzir sucessivos abalos no imaginado equilíbrio entre os pilares de sustentação do projeto da modernidade, trazendo transformações nas relações entre os mencionados pilares e seus princípios constitutivos, à medida em que se sucedem as diversas fases do capitalismo.[22]

Partindo dessa premissa, sustenta o mestre português que o capitalismo desorganizado dos dias atuais se caracteriza pela consciência de que o déficit do projeto inicial da modernidade é irreparável e reclama que sejam reinventadas as suas

promessas, o que só será possível, todavia, à luz de um novo paradigma, que começa a apresentar os seus primeiros sinais.

Nessa última fase, que, evidentemente, interessa mais de perto, recrudescer o processo de expansão do princípio do mercado, que tende a colonizar o princípio do Estado e o da comunidade, de sorte que o arranjo entre os pilares da modernidade parece apontar para uma desregulação global da vida econômica, social e política e para a criação de uma situação de perplexidade, em que (...) tudo parece negociável e transformável ao nível da empresa, da família, do partido ou do sindicato, mas ao mesmo tempo nada de novo parece possível ao nível da sociedade no seu todo ou da nossa vida pessoal (...)[23]

Quanto ao Estado, o diagnóstico de Boaventura sugere que ele perdeu, em parte (sobretudo para o mercado) a capacidade de regular as esferas da produção e da reprodução social e tornou-se, assim, uma unidade de análise mais ou menos superada. Curiosamente, essa fraqueza externa é compensada por um aumento dos níveis de autoritarismo, (...) na forma de microdespotismos burocráticos da mais variada ordem[24]. Por outro lado, o encolhimento do Estado, com o desmanche do chamado Estado Providência, tornam no mínimo duvidosos os postulados da teoria política liberal sobre o poder, desenvolvidos, nos países centrais, ainda no século XIX, e calcados no conceito de Estado.

O conceito de Estado, para Boaventura, é construído artificialmente pela modernidade, e se caracteriza por sua

“organização formal, unidade interna e soberania num sistema de Estados e, principalmente, por seu sistema jurídico unificado e centralizado, convertido em linguagem universal por meio da qual o Estado comunica com a sociedade civil. Já a sociedade civil é tida como o domínio da vida econômica, das relações sociais espontâneas orientadas pelos interesses privados.[25]

Para o mestre, por uma série de razões, esse modelo dá ensejo a um sem-número de contradições e perplexidades e pode ser reformulado. É a isso que ele se propõe. O ponto de partida, para esse projeto, é o conceito de poder, que, inclusive, subjaz à distinção Estado/sociedade civil. No particular, lembra-se a crítica de Foucault, que já apontava o surgimento de uma forma muito mais insinuante e eficiente de poder que o poder estatal: o poder disciplinar, tão bem delineado pelo mestre do *Cólege de France* em obras como *Vigiar e Punir* e *Microfísica do Poder*. Para Boaventura, contudo, a crítica radical de Foucault, fiel à sua inspiração anarquista, acaba por não ter nenhuma serventia para além da denúncia das diversas formas de poder em ação na sociedade e não permite determinar a especificidade de cada uma delas nem a hierarquia entre elas[26]. Além disso, o seu argumento acaba por revelar-se reversível e autodestrutivo, pois, se o poder está em toda parte, não está em nenhuma.

A partir daí, Boaventura sugere, para substituir a velha dicotomia entre Estado e sociedade civil, um novo e interessantíssimo quadro conceitual, ou mapa estrutural das sociedades capitalistas, e das suas diversas formas de produção de poder. A ruptura com o quadro conceitual

moderno tem início com a percepção de que o poder surge na sociedade conformado ou informado por diversos espaços estruturais - espaço doméstico, espaço da produção, espaço da cidadania e espaço mundial, cada um deles com características bem diferentes no que se refere aos seus componentes elementares – unidade de prática social, forma institucional, mecanismo de poder, forma de direito, forma de racionalidade.

No pilar da emancipação, a racionalidade cognitivo-instrumental acaba por converter-se na racionalidade irracional da modernização, que torna possível, inclusive, negar os valores fundamentais da modernidade, através dos processos de racionalização que acabam por justificar e viabilizar a concentração de riquezas e a exclusão social. Quanto à racionalidade moral prática, percebe-se o esgotamento da microética liberal frente às exigências éticas (macroscópicas) da nova situação, a reclamar, assim, a emergência de um novo jusnaturalismo, assente numa nova concepção dos direitos humanos[27] e do direito dos povos à autodeterminação, e numa nova idéia de solidariedade, simultaneamente concreta e planetária.[28]

Disso tudo resulta que:

(...) a idéia moderna da racionalidade global da vida social e pessoal acabou por se desintegrar numa miríade de mini-racionalidades ao serviço de uma irracionalidade global, inabarcável e incontrollável. É possível, reinventar as mini-racionalidades da vida de modo a que elas deixem de ser

partes de um todo e passem a ser totalidades presentes em múltiplas partes. É esta a lógica de uma possível pós-modernidade de resistência.[29]

As ponderações do mestre português, como se pode ver, deixam bem clara a fragilidade dos discursos ideológicos de justificação da jurisdição e do processo.

Veja-se, por exemplo, que o encolhimento progressivo do Estado põe em cheque o próprio conceito de soberania, que constitui um dos principais, senão o principal, fundamento de justificação da jurisdição. [30] Por outro lado, observa-se que o aumento nos níveis de autoritarismo interno, como uma espécie de mecanismo de compensação pela perda da soberania, põe em xeque a vinculação entre jurisdição e democracia, e, por via de consequência, entre jurisdição e fundamentação racional do exercício do poder. Outrossim, a emergência do princípio do mercado acaba por confirmar a velha tese Marxista sobre o compromisso do Estado e do Direito burgueses com os interesses das classes hegemônicas nas sociedades capitalistas.

## 5. A jurisdição penal e a criminologia crítica

A insuficiência desse instrumental ideológico de justificação da jurisdição se torna mais evidente quando se reflete especificamente sobre o conceito de jurisdição penal. O que se observa, nessa seara, são os esforços da doutrina no sentido de justificar a jurisdição, em matéria penal, partindo das mesmas premissas utilizadas para a jurisdição em geral, tudo

conforme a lógica própria dos juristas, de tentar sempre esquadriñar o mundo jurídico mediante a utilização de grandes sistemas em que os conceitos que os compõem estão necessariamente ligados por relações de gênero/espécie (bem ao gosto da chamada Teoria Geral do Processo).

Nesse sentido, veja-se a lição de Tourinho Filho:

Entretanto, no meio social, praticam-se muitos atos que afetam sobremaneira a vida em sociedade, pondo em risco sua própria segurança. São as infrações penais, condutas contrárias ao direito e que, por sua gravidade, são punidas severamente.[31]

E mais:

Como a sociedade, assim entendida, é uma entidade abstrata, a função de punir a função que lhe cabe, de reprimir as infrações penais, permanece em mãos do Estado, que a realiza por meio dos seus órgãos competentes. O jus puniendi pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele jus puniendi desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida[32].

Observa-se, assim, uma verdadeira ginástica teórica para demonstrar que, em última análise, a tensão que se estabelece entre o interesse do Estado em punir um de seus súditos com a restrição de sua liberdade e aquela observada, eventualmente,

entre outros dois têm a mesma natureza e reclamam, cada uma a seu modo, a atuação da jurisdição; jurisdição penal, na primeira hipótese, e jurisdição não penal, na segunda.

O problema é que, se quando atua apenas e tão somente para dirimir disputas de interesses entre seus súditos, fica evidente que a ordem jurídica favorece sempre determinados segmentos da sociedade, no âmbito do Direito e do Processo Penal. Essa sua vocação autoritária e seletiva é simplesmente escandalosa e qualquer discurso supostamente científico de justificação do exercício do poder jurisdicional, nesse contexto, apenas contribui para a legitimação do poder punitivo do Estado, com toda a sua violência e autoritarismo.

Mas é justamente aqui, ou seja, no âmbito dos estudos em torno da atuação punitiva do Estado, que têm brotado, sobretudo nas últimas décadas, fecundos estudos de natureza crítica francamente comprometidos com o problema da legitimação/deslegitimação da atuação dos órgãos estatais sobre as liberdades individuais. Trata-se, fundamentalmente, das contribuições da chamada criminologia crítica, que se apresenta como um novo grande paradigma do pensamento criminológico moderno, em substituição à chamada criminologia tradicional ou etiológica.

O que caracteriza o paradigma etiológico, segundo Alessandro Baratta, é uma noção ontológica de criminalidade e a pretensão de produzir uma teoria sobre suas causas ou condições.

O problema é que:

Uma investigação das causas não é procedente em relação a objetos definidos por normas, convenções ou valorações sociais e institucionais. Aplicar a objetos deste tipo um conhecimento causal-naturalista produz uma 'reificação' dos resultados dessas definições normativas, considerando-os como 'coisas' existentes independentemente destas. A 'criminalidade', os 'criminosos' são, sem dúvida alguma, objeto deste tipo: resultam impensáveis sem intervenção de processos institucionais e sociais de definição, sem a aplicação da lei penal por parte das instâncias oficiais e, por último, sem as definições e as reações não institucionais.[33]

A criminologia crítica[34], ao contrário, ao tempo em que denuncia as vicissitudes da criminologia tradicional, ergue-se sobre o chamado paradigma da reação social, ou paradigma da definição, posto que (...) a investigação criminológica tem a tendência de deslocar-se das causas do comportamento criminoso para as condições a partir das quais, em uma sociedade dada, as etiquetas de criminalidade e o status de criminoso são atribuídos a certos comportamentos e a certos sujeitos (labeling approach), assim, como para o funcionamento da reação social informal e institucional.[35]

Em suma, criam-se condições para crítica e denúncia do sistema penal como instrumento de dominação que se exerce mediante a criminalização de certas pessoas através do próprio direito penal, que funciona à medida que disponibiliza e legitima as formas mais violentas de intervenção estatal a

serviço de grupos hegemônicos, em detrimento de todo e qualquer ideal democrático e socialista de justiça e igualdade.

Não se pode deixar de citar, nessa mesma linha, a crítica vigorosa de Zaffarone e Pierângeli, no sentido de que o delito (que faria surgir a lide penal entre Estado e delinqüente, a ser resolvida pela jurisdição penal) não pode ser visto como algo que tem uma estrutura ontológica própria, e que, justamente por isso, tenha sempre um mesmo significado social. Ao contrário, para o mestre argentino, sob a mesma rubrica de delitos estão ações que em nada se assemelham, senão pelo fato de que importam em conflitos que se resolvem de um modo institucionalizado.

Nas palavras dos mestres, as quais se permitiram transcrever, não obstante a extensão do trecho:

Não é só isso que observamos, mas, também em relação às mesmas condutas que geram conflitos cm soluções institucionais idênticas, vemos que as instituições operam de um modo diferente: o estupro e o homicídio costumam ser divulgados pelos jornais; as emissões de cheques sem fundos não, como tampouco os furtos. Ademais, o curioso é que na imensa maioria dos casos a solução comum institucional não tem lugar: o receptor do cheque quer cobrá-lo e se não é bem sucedido dá por encerrado o assunto; a vítima de furto quer recuperar a coisa ou parte dela e pode deixar de fazer a denúncia que prejudique esse objetivo. Na realidade, se cada cidadão praticasse um rápido exame de consciência, comprovaria que várias vezes em sua vida infringiu as normas

penais : não devolveu o livro emprestado, levou a toalha de um hotel, apropriou-se de um livro perdido etc. Em conseqüência, cada um de nós tem um “volumoso prontuário.” Poderá afirmar-se que tais infrações não são delitos ou são delitos levíssimos. No entanto, há numerosas condenações penais por fatos análogos e ainda mais insignificantes: furto de uma xícara de café barata por parte de um servente da limpeza; apropriação de duas latas de pêssegos por um empregado; negativa do motorista do ônibus urbano em deter-se em uma parada para que desça um passageiro. A isso se acrescenta que, no panorama geral do mundo, a máxima quantidade de dano causado ao maior número de pessoas, ao menos no século XX, não provém daqueles que são classificados como “criminosos” ou “delinqüentes”, mas de órgãos dos Estados, em guerra ou fora dela. Por outro lado, chama também a atenção que, na grande maioria dos casos, os que são chamados de delinqüentes pertencem aos setores sociais de menores recursos. Isso significa que há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como delinqüentes e não, como se pretende, através de um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais.

Essas ponderações, como visto, acabam de demolir o mito conforme o qual o delito, que faria surgir a lide penal entre Estado, traduz-se em ações que, pela sua gravidade, não violentam apenas o interesse juridicamente protegido de um indivíduo, mas atentam contra valores fundamentais da sociedade, de molde a ameaçar sua própria sobrevivência. Não obstante e embora os estudos da criminologia crítica já datem de algumas décadas, parecem estar sempre relegados a um

segundo plano, no contexto da doutrina penalista pátria, e absolutamente ignorados pelos manualistas e tratadistas de Direito Processual Penal.

## 6. A função garantidora da teoria geral do processo

Os estudos em torno da legitimação/deslegitimação do poder punitivo, à primeira vista, podem parecer um excesso, de pouca importância prática para a atuação do profissional do direito ou para as angústias dos estudantes universitários e candidatos a concursos públicos pelo Brasil afora. Afinal de contas, o que se exige na prática do foro não é apenas o domínio do instrumental técnico desenvolvido pelo pensamento estritamente dogmático? Não é isso que os professores (que estudaram pelos manuais tradicionais de direito e processo penal) vão “cobrar na prova”? Não é disso que estão recheados os programas dos concursos públicos?

Pensa-se, todavia, que são exatamente essas as razões que recomendam, desde os primeiros passos da vida acadêmica, a chamada do futuro profissional do Direito a uma reflexão profunda sobre seu instrumento de trabalho, sobre a importância de sua atuação como advogados, juízes, promotores etc., e sobre as consequências de seus erros e acertos na vida diária das pessoas.

No início de nossa carreira no Ministério Público da Bahia, nos idos de 1994, quando atuávamos em Aporá, pequena comarca distante duzentos quilômetros de Salvador, ao fazer uma espécie de inspeção no cartório da vara crime, deparamo-nos

com um processo que apurava um crime de lesões corporais de natureza simples (art. 129, caput, do CPB), que, em função do tempo, estava a dois meses de ser alcançado pela prescrição pela pena em abstrato. Muito bem, depois de conversar com o então Juiz titular da Comarca, com quem mantínhamos (e ainda mantemos) uma estreita relação de amizade, optamos por pedir o andamento do feito, com a designação de uma audiência em que, na realidade, pretendíamos (ambos) passar apenas um “sabão” no acusado, um senhor de 60 e poucos anos, morador da zona rural, absolutamente ignorante e que, como viríamos a saber somente depois, não gozava de perfeito equilíbrio emocional. No dia da audiência, esperamos em vão a chegada do acusado - que tinha sido intimado na véspera pelo oficial de Justiça, e quando já nos preparávamos para requerer a sua prisão preventiva, pelo “desrespeito ao chamamento da Justiça”, chegou-nos a notícia de que o acusado foi encontrado em sua casa, enforcado, com a contra-fé da intimação jazendo ao lado e um bilhete dizendo que não iria se submeter à humilhação de ir ao Fórum na condição de “devedor”.

Em função desse incidente, demoramos muito tempo para conseguir paz de espírito e compreender que, de alguma maneira, agíamos exatamente da forma como fomos ensinados desde a faculdade até o rápido curso de preparação que antecedeu o início do exercício de nossas atividades: tínhamos uma espécie de “brinquedo dogmático” nas mãos e estávamos ansiosos por utilizá-lo, sem nenhuma reflexão prévia sobre as conseqüências desastrosas que poderiam advir dessa “brincadeira”.

Por outro lado, em função desse mesmo fato, é que estamos hoje absolutamente convencidos de que é preciso lutar muito para reverter uma espécie de círculo vicioso que se constituiu na cultura jurídica brasileira de um modo geral: ensina-se apenas dogmática porque a dogmática é o que interessa ao profissional do direito, a dogmática é o que interessa ao profissional do direito porque é só aquilo que lhe foi ensinado.

A questão que se coloca, portanto, não é mais apenas a de saber se o pensamento estritamente dogmático é o que prepondera nas faculdades de Direito, cursos e programas de concurso, mas, antes, importa saber porque ele prepondera, ou seja, a quem interessa que juízes, promotores e advogados sejam meros tecnocratas do direito penal e do direito processual penal.

O enfrentamento de questões dessa ordem, segundo pensamos, só pode trazer benefícios incalculáveis para a formação dos futuros profissionais do Direito. Primeiro, entender que o direito e o processo penal, enquanto saberes, são sempre limitados e ideologicamente condicionados, exonera-nos daquela angústia de encontrar verdades absolutas, sem que, com isso, resvalemos para um “achismo jurídico” irresponsável. Em consequência, por perdermos qualquer ilusão na busca das interpretações “corretas” do direito ou da verdade “real” dos fatos, nos liberamos para decidir, dentro de certos limites, inspirados pela nossa própria concepção de mundo e pelo senso de humanidade que existe em cada um de nós. E só isso, segundo pensamos, já faz valer

a pena a aventura.

Mas que significa isso exatamente? Será possível simplesmente passar por cima da dogmática jurídica? Será possível ignorar o Direito legislado e os sistemas conceituais criados pelo pensamento dogmático, sempre que resultem em soluções que nos pareçam injustos?

Na realidade, pensamos que não é preciso e nem mesmo recomendável chegar a tanto. Uma pós-modernidade de resistência, no dizer de Boaventura de Sousa Santos, não significa simplesmente negar todo o modelo sociocultural criado pela modernidade juntamente com as suas conquistas legítimas.

O pensamento dogmático, de um lado, e o direito positivo, de outro, a par de funcionarem, de fato, como verdadeiros instrumentos de dominação de uma categoria de pessoas sobre outras, cumprem, também, uma importante função de garantia, na medida em que, ao mesmo tempo em que estabelecem um regime injusto de distribuição de trabalho e riquezas, de prazer e sofrimento, acabam por limitar, de certa forma, a intensidade dessa exploração. Ou seja, se o direito me garante, injustamente, gozar de 10% das riquezas e arcar com 90% do trabalho e do sofrimento, tenho nas mãos um instrumento poderoso para assegurar que a minha participação nas riquezas não pode ser menor que 10% e a minha cota de sacrifícios não pode ir além de 90%.

Por outro lado, como bem sustenta Alessandro Barata, a

criminologia crítica (e o pensamento crítico em geral), enquanto crítica do sistema penal, não pode ter a função imediata de projeto que tem a criminologia tradicional. Ou seja, enquanto não houver uma mudança mais profunda na própria sociedade, no que se refere às relações de hegemonia, não é possível (senão para espíritos mais ingênuos) pensar numa modificação efetiva na política criminal, de modo a criminalizar, por exemplo, condutas normalmente praticadas por ricos e abastados. Daí porque, na sua visão, uma política criminal alternativa, animada pelas críticas do pensamento criminológico de vanguarda, não poderia estar pautada por uma tendência de criminalização alternativa (criminalização dos delitos de colarinho branco, por exemplo)[36], mas deveria perseguir a descriminalização, a mais rigorosa redução possível do sistema penal. O próprio Direito Penal, nesse sentido, estaria reduzido a uma atitude de defesa. Defesa, antes de tudo, do direito penal em face dos ataques realizados em nossos dias contra as garantias liberais asseguradas nas constituições dos Estados de Direito.[37]

Nesses termos, conceitos como Jurisdição, ação e processo, embora sejam absolutamente questionáveis, do ponto de vista de sua justificação ideológica, funcionam, na medida em que são postos na Constituição Federal como garantias do cidadão frente ao poder punitivo do Estado e, conseqüentemente, como preciosos instrumentos de defesa das camadas subalternas da sociedade contra a voracidade punitiva e disciplinar dos setores hegemônicos.

Veja-se, por exemplo, o que preconiza o art. 5o, incisos XXXV

(a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito); XXXVII (não haverá júízo ou tribunal de exceção); LIII (ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente); e LIV (ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) da CF.

Os mencionados dispositivos constitucionais referem-se claramente aos conceitos de jurisdição e processo e, como se vê, ao tempo em que consagram garantias do indivíduo contra o arbítrio punitivo, funcionam como princípios que condicionam toda a Teoria Geral do Processo Penal.

É preciso, todavia, assumir, desde cedo, uma atitude intransigente de defesa das mencionadas garantias, pois, como pontifica Burckhardt, citado por Hesse: aquilo que se identifica como vontade da Constituição...

(...) deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos que renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à Essência do Estado, mormente ao Estado Democrático[38].

Com esse compromisso, segundo pensamos, contribuímos, os operadores do direito, para a defesa (como sugere Baratta) de um direito penal que caminha com os pés bem firmados na realidade, mas sem nunca perder de vista a perspectiva de construção, naquilo que lhe compete, de uma sociedade cada

vez mais fraterna, humana e igual.

### Conclusões

De tudo quanto foi estudado, pensamos que é possível extrair não uma, mas algumas conclusões, as quais relacionamos abaixo:

A cultura jurídica brasileira, de um modo geral, vem tratando os temas centrais da Teoria Geral do Processo de forma superficial, limitando-se, quase sempre, a repetir um mesmo discurso dogmático que parte, inevitavelmente, de discursos de justificação da jurisdição e do processo.

Os discursos de justificação, por outro lado, cumprem uma função evidentemente ideológica, até porque seriam totalmente dispensáveis para a operatividade dos conceitos de jurisdição e processo, e sua insistente repetição em tratados e manuais só se explica, assim, como manifestação concreta de um poder de violência simbólica.

Esse discurso, todavia, já não condiz com a situação de crise em que se encontra a prestação jurisdicional enquanto função do Estado na moderna sociedade de consumo, marcada, em termos de intervenção penal, pelo autoritarismo, pela irracionalidade e pela desigualdade.

A perspectiva de construção de uma prestação jurisdicional democrática, todavia, demanda uma transformação radical da própria sociedade de consumo no que se refere às suas relações de hegemonia, o que só será possível a médio e longo prazos.

Os conceitos de jurisdição e processo, se já não podem ser aceitos sem críticas, podem ser utilizados positivamente, enquanto verdadeiras garantias à disposição do indivíduo, e, sobretudo, como diques de segurança dos setores subalternos

da sociedade, contra a voracidade disciplinar e punitiva das elites.

Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 1014p.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1995. 348p.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal; introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 256p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. 364p.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2000. 578p.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón; teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3. ed. Madrid: Ed. Trotta, 1998. 991p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. 368p.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau Ed. 1999. 160p.

\_\_\_\_\_. Vigiar e punir. Tradução de Raquel Ramallete. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262p.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. 34p.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 6. ed. rev.

atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 435p.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1996. p. 79-92.

KHUN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998. 257p.

LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais: lineamientos para uma teoría general. Rubí, Barcelona: Anthropos Ed. 1998. 445p. (Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, 15).

MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 2. ed. Lisboa: Ed. Estampa, 1989. 330p.

MONTERO AROCA, Juan. El derecho procesal en el siglo XX. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000. 142p.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 138p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice; o social e o político na pós-modernidade. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 1999. 348p.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do Direito. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999. 264p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 4v.

ZAFFARONE, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Pedrosa e Amir da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 281p.

\_\_\_\_\_ ; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito

penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. 893p.

---

\*

Promotor de Justiça Criminal, mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes - RJ e professor de Direito Processual Penal da UNIJORGE.

[1]

CINTRA, Antônio Carlos de et al. Teoria geral do processo, p. 19

[2]

Ibidem, p. 9

[3]

TOURINHO FILHO, Fernando. Manual de processo penal, p.1

[4]

Ibidem, p. 9

[5]

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, vol. 1, p 26-27

[6]

JARDIM, Afrânio Silva. Notas sobre a teoria da jurisdição. Direito processual penal : estudos e pareceres, p.3.

[7]

ARENDT, Hannah. A condição humana, passim.

[8]

Sobre a ciência do direito ser um saber tecnológico, são bastante elucidativas as afirmações contidas no verbete Técnica, da obra de: ABBAGNANO, Nicola. Dicionário da filosofia, p. 940 – 941: a T. (técnica) e a ciência em que ela se baseia passaram a ser freqüentemente consideradas uma degradação ou uma traição da Razão Autêntica, pois escravizam a razão a objetivos utilitários, ao passo que a sua verdadeira função é o conhecimento desinteressado do ser, a contemplação. Esse conceito constitui a base de todas as críticas dirigidas à sociedade contemporânea, que estaria fundada na técnica e dominada pela tecnocracia. Mas hoje há uma vasta literatura que, apesar de não partir de preconceitos metafísicos, ideológicos ou teológicos, evidencia os aspectos negativos da T., que podem ser resumidos da seguinte maneira: (...) 4o. sujeição do trabalho humano às exigências da automação, que tende a transformar o homem em acessório da máquina; 5o. incapacidade da T. de atender às necessidades estéticas, afetivas e morais do homem.

[9]

AROCA, Juan Montero. El derecho procesal en el siglo XX, p 29.

[10]

Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. KHUN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas, p. 219.

[11]

Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração

hermenêutica da construção do direito, p. 144.

[12]

A posição essencialista chega a ser assumida expressamente por setores da doutrina. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem do pensamento de Maria Helena Diniz: Os conceitos refletem, no nosso entender, a essência da coisa, e as palavras são veículos dos conceitos. Isto supõe a relação entre os significados das expressões lingüísticas e a realidade.

Compêndio de introdução à ciência do direito, p. 342.

[13]

A noção de filosofia analítica se opõe à noção de filosofia sintética, conforme discriminação tradicionalmente aceita e que leva em conta o procedimento ou método utilizado na investigação filosófica. Assim, enquanto as filosofias sintéticas conduzem, precipuamente ao seu objeto, sem impor limites ou condições, as filosofias analíticas reconhecem a existência de dados que elas descrevem ou analisam. A característica primordial das filosofias analíticas, portanto, é a limitação a que se reconhecem submetidas e que são impostas pelo dado, seja qual for a maneira como o conhecem. Nesse passo, pode ser incluída nessa rubrica a filosofia considerada como análise da linguagem que discerne nesta o fato intersubjetivo fundamental, e, portanto, na aclaração e retificação da linguagem, o instrumento mais apto a eliminar equívocos e retificar as relações intersubjetivas. ABBAGNANO, Nicola. Dicionário da filosofia, p. 453- 457.

[14]

FERRAZ JR., Tércio. Introdução ao estudo do direito, p. 39.

[15]

Etmologicamente, zetética vem de zetein que significa perquirir,

ao passo que dogmática vem de dokein que significa ensinar. VIEHWEG, Theodor. Ideologie und Rechtdogmatik. In: Ideologie und recht, 1969 apud FERRAZ JR., Tércio. Introdução ao estudo do direito, p. 40.

[16]

Ibidem, p. 43.

[17]

Quanto a ser a decidibilidade dos conflitos o problema por excelência do jurista, veja-se o tirocínio de Calmon de Passos, com quem concordamos: O direito, em última instância, é sempre decisão de conflitos de interesses (...). Se inexistissem conflitos na sociedade, o direito seria de todo descartável (...) A escassez dos bens, a interdependência dos homens, a indeterminação dos desejos e a sua insaciabilidade são fatores que se casam para determinar que ocorram permanentemente conflitos na convivência social, cuja solução se faz necessária, em nome da própria sobrevivência coletiva. Direito, poder, justiça e processo, p. 26-39.

[18]

FERRAZ JR., Tércio, op. cit., p. 90.

[19]

Veja-se a seguinte passagem do filósofo alemão: (...) o fator historicamente novo da positividade do direito é a legalização, com todos os riscos que isso acarreta (...). A constância das possibilidades de modificação mantém a consciência de que o direito a cada momento vigente é resultante de uma seleção, de que ele vige por força dessa seleção a qualquer momento modificável. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito, p. 9-10.

[20]

FERRAZ JR., Tércio, op. cit., mesma página.

[21]

Cabe, sem dúvida, a Kant a paternidade do termo crítica, como o processo através do qual a razão empreende o conhecimento de si. ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia, p. 223. . De lá pra cá, é lógico que o termo crítica tem dado azo a um sem número de definições e redefinições, de forma que seria absolutamente inimaginável, para os limites desse trabalho, dar conta de todas elas. Pode-se trabalhar, contudo, com a noção clara e simples formulada por Michel Miaille, para quem: É preciso tomar o termo em todo o seu sentido : o da possibilidade de fazer aparecer o invisível. Introdução crítica ao direito, p. 21. Vale dizer, adotar uma postura crítica significa, no estudo de fatos sociais, a busca dos impensados sociais, das realidades que estão escondidas por trás dos discursos. Nessa linha de raciocínio, ficam evidentes as relações entre zetética e crítica, podendo-se afirmar, nesses termos, que o pensamento crítico, em Direito, é uma das formas de manifestação do enfoque zetético.

[22]

O capitalismo liberal, que marca todo o século XIX; o capitalismo organizado, que vai desde o início do século XIX até as primeiras décadas que se seguiram à II Grande Guerra, e o capitalismo desorganizado, que o sucede até os nossos dias.

[23]

Veja-se que a situação diagnosticada por Boaventura se assemelha muito àquela apresentada por Tércio Ferraz, no que se refere à sociedade de consumo.

[24]

SANTOS, Boaventura de Sousa. O social e o político na

transição pós-moderna. Pela mão de Alice, p. 89

[25]

Santos, Boaventura de Sousa. Ob. cit., p.117

[26]

Idem, p. 125

[27]

Que operariam, assim, como verdadeiros limites externos a qualquer idéia de auto-conservação e funcionalidade do sistema.

[28]

Ibidem, mesma página.

[29]

SANTOS Boaventura. op. cit., p. 102.

[30]

Veja-se, a esse respeito, a preciosa contribuição de Clara Maria Roman Borges, ao denunciar a vinculação entre jurisdição e soberania: “Chionenda esclarece que “a soberania é o poder inerente ao Estado que quer dizer à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas esse poder único insere três grandes funções: a legislativa, a governamental ( ou administrativa) e a jurisdicional. Todas três irradiam do Estado; em especial, emana exclusivamente do Estado a jurisdição. Hoje não se admite mais que, no território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para a atuação da lei, como acontecia em outras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeitos civis também.” Ainda conforme a autora, citando, dessa vez Hobbes, a soberania do Estado, consoante a tese contratualista, surge com a passagem do

Estado de natureza à sociedade civil, através do contrato, mediante o qual os indivíduos renunciam a parte de sua liberdade em favor do soberano.

[31]

TOURINHO FILHO, Fernando. Manual de processo penal, p. 6

[32]

Idem, p.13

[33]

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 210.

[34]

Por criminologia crítica, como bem salienta Baratta, entende-se um campo muito vasto e não homogêneo de discursos que, no campo do pensamento criminológico e sociológico jurídico contemporâneo, tem em comum uma característica que os distingue da criminologia tradicional: a nova forma de definir o objeto e os termos mesmos da questão criminal. Na construção desse novo paradigma, não se pode negar a forte influência do pensamento de Karl Marx. Coube a ele, como se sabe, formular pela primeira vez um discurso organizado denunciando a influência decisiva das relações econômicas travadas na sociedade (relações de dominação), na conformação dos demais fenômenos sociais (dentre os quais o Direito), que não seriam, aliás, mas que uma superestrutura da estrutura material econômica. Como bem registra Zaffarone, (...) embora Marx não tenha analisado em profundidade o sistema penal (...) considerava necessário deslegitimar todo o direito, especialmente o penal (...) ZAFFARONE, Eugênio Raúl. Em busca das penas perdidas, 1991. Daí que seu pensamento vai ser ponto de referência e fonte de inspiração, direta ou

indiretamente, para toda a crítica do sistema penal que se lhe segue. Não se pode deixar de citar, de igual modo, a crítica radical de Michel Foucault, denunciando, dentre outras coisas, o processo de construção das sociedades modernas capitalistas como resultante de um projeto de dominação amparado na noção de poder disciplinar (que implica numa relação genética e indissolúvel entre saber e poder), que tem como verdadeiro ponto de referência o modelo Benthaniano (panóptico) de prisão. É o que se extrai de obras como *Vigiar e punir*, 1999, 262p. e *A verdade e as formas jurídicas*, 1999, 160p.

[35]

BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 210-211.

[36]

Veja-se, no particular, a vigorosa crítica de Maria Lúcia Karam à tendência de certos setores da esquerda em apostar no recrudescimento da punição aos crimes praticados pelas elites. *A esquerda punitiva*, p. 79-92.

[37]

BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 221.

[38]

BURCKHARDT, Walter. *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung* apud HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, p. 22.