

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL

**DISCURSO PENAL E POLÍTICA DA PROVA: NOS LIMITES DA
GOVERNABILIDADE INQUISITIVA DO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**



Coimbra

2011

**DISCURSO PENAL E POLÍTICA DA PROVA:
NOS LIMITES DA GOVERNABILIDADE INQUISITIVA DO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**

Dissertação de doutoramento em Altos Estudos Contemporâneos (área Ciência Política), apresentada à Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra sob a orientação do Doutor Rui Luís Vide da Cunha Martins.

Augusto Jobim do Amaral

Coimbra

2011

*A Evangelista, Ieda, Juliana e Ana Carolina, que
sempre fizeram la différence dans l'écriture.*

O *um-para-o-outro* repousa numa significação que não é um mero compromisso. Descreve o ponto de *des-inter-esse* necessário para a *proximidade* autêntica. Neste sentido, meu *agradecimento* trata de ordenar a *responsabilidade* pela não-indiferença diante daqueles que fazem com que o *dito* abra o fundo da sabedoria do *dizer*. Mesmo correndo o risco da omissão frente aos outros colegas e amigos que colaboraram de muitas formas (às vezes sem o saber), não posso deixar de referir expressamente meus profundos agradecimentos, em especial, aos meus familiares, no nome do meu avô Nero Jobim e, *in memoriam*, às minhas avós *Hirma Luíza Teixeira do Amaral, Arci Jardim Jobim e Rita Ladyr Fröner de Souza*; ao meu amigo e orientador Professor Doutor *Rui Luís Vide da Cunha Martins*, pela acolhida em Portugal para muito além das margens da hospitalidade; aos Professores do Programa de Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos da Universidade de Coimbra, Doutores *Fernando Catroga e Maria Manuela Tavares Ribeiro*; a amizade imprescindível de *Ricardo Timm de Souza e Dorilda Grolli*; aos companheiros daqui e d'além-mar *Maurício Jorge Daugustin Cruz, Alexandra Kunze Sandi e Eduardo Caletti*, bem como às também colegas de morada na Trindade Coelho em Coimbra, *Mariana Andreola e Talita Alvitos*; ao Professor Doutor *Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, pelo amparo na Universidade Federal do Paraná (UFPR); à Professora Doutora *Ruth Maria Chittó Gauer*, aos Professores Doutores *Salo de Carvalho, Aury Lopes Júnior, Clarice Beatriz Sohngen, Alexandre Morais da Rosa, Germano Schwartz, Renata Almeida da Costa*; aos Professores *Alexandre Wunderlich, Gustavo Pereira, Cícero Krupp da Luz, André Luiz Olivier da Silva e Gabriel Ferreira dos Santos* pelas permanentes lições nestes últimos anos; aos compadres *Ricardo Gloeckner Jacobsen e Joseane Ledebrium Gloeckner*; aos professores e alunos da Universidade de Passo Fundo (UPF), da Universidade de Caxias do Sul (UCS), da Escola Superior de Administração, Economia e Direito (ESADE – *Laureate International Universities*) e da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), em particular meu apreço ao Observatório da Violência e dos Direitos Humanos, nos nomes dos professores *Alberto Wunderlich, Hamilton Jesus Pereira Júnior, Daniela de Oliveira Pires e Juliano Gomes de Carvalho*; *last but not least* ao irmão de todas as horas, *Sandro Brescovit Trotta*.
Profundamente grato a todos.

“O que é que você ainda quer saber?”, pergunta o porteiro. (...) “Todos aspiram à lei”, diz o homem. “Como se explica que, em tantos anos, ninguém além de mim pediu para entrar?”
(O Processo – Franz Kafka)

RESUMO

O campo político do processo penal – espaço ordenador, permeável a inversões e ingerências, sobreposições e distensões, não apenas determinado por normas jurídicas – contém sobre si uma permanente auréola de exceção que o fundamenta e o excede. É da ordem do discurso inquisitorial que aduzimos uma governabilidade vivida neste patamar e a nós cabe aprender a reconhecê-la através de suas metamorfoses. Nas franjas destes nexos entre violência e direito que a montagem argumentativa estrutura-se desde três platôs diferenciados, todos eles tendo a prova como disposição privilegiada. O primeiro plano pretende investigar os rastros do estilo inquisitorial que acabam por veicular os diferentes ambientes de instalação da prova, tornando o trabalho capaz de confrontar o caminho das ideias processuais penais no Brasil. Num segundo plano, a cena acerca da estética atual da cultura penal é atravessada pela linha de força dos discursos sobre a pena e preocupa-se, para tanto, com a análise das formações punitivista e populista das dinâmicas securitárias. A abordagem sobre a governabilidade inquisitiva no campo processual penal apresenta, por fim, a singularidade de poder indicar, desde uma micrologia da prova, minuciosamente os mitemas contemporâneos do quadro político no processo penal brasileiro, assentando a face apresentável das escolhas decisivas em sede de sua democracia processual penal. Neste nível, pois, é que se concentram as estratégias de poder e as dobras do pensamento, sobremodo, dotando os valores democráticos, atribuídos a cada lugar nesta paisagem, de significações inéditas.

Palavras-chave: Governabilidade, Política Penal, Inquisitorialismo, Processo Penal Brasileiro, Prova.

SINTESI

Il campo politico della procedura penale – spazio di regolamentazione, permeabile a inversioni e ingerenze, sovrapposizioni e distensioni, non solo determinato da norme giuridiche – ha su di sé una permanente aureola di eccezione che lo fonda e lo migliora. È dall'ordine del discorso di analisi che adduciamo una governabilità vissuta in questo livello, che deve riconoscerla attraverso le sue metamorfosi. È nei meandri di questi nessi tra violenza e diritto che la costruzione argomentativa si struttura su tre piani distinti, tutti essi con la prova come disposizione privilegiata. Il primo piano si occupa di indagare le scie dello stile inquisitivo che finiscono per divulgare i differenti ambienti di costituzione della prova, rendendo il lavoro capace di confrontare i percorsi delle idee processuali penali in Brasile. Nel secondo piano, la scena in merito all'estetica attuale della cultura penale è attraversata dalla linea di forza dei discorsi sulla pena e si preoccupa, pertanto, dell'analisi delle forme punitive e populiste delle dinamiche assicurative. L'approccio sulla governabilità inquisitiva nel campo processuale penale presenta, infine, la peculiarità di poter indicare, sin dalla micrologia della prova, minuziosamente i miti contemporanei del quadro politico nel processo penale brasiliano, mostrando la parte presentabile delle scelte decisive nella condizione della sua democrazia processuale penale. È in questo livello che si concentrano le strategie di potere e le pieghe del pensiero, soprattutto, dotando i valori democratici, attribuiti a ciascun luogo in questo panorama, di significati inediti.

Parole-chiave: Governabilità, Politica Penale, Inquisitivo, Processo Penale Brasiliano, Prova.

ABSTRACT

The political field of criminal procedure – space ordering, pervious to reversals and interferences, overlaps and strains, not only determined by legal norms – carries a permanent exception aureole that its foundation and its transcendence. It is from the order of inquisitorial discourse that brings forward the lived governance on this degree, which lies to learn and to recognize it by its metamorphosis. On the fringes of these links between violence and law the settle argumentative structure is provided by three different plateaus, having the proof as the privileged disposition. The first plan relates to investigate the traces of inquisitorial style that ultimately serve the different environments of proof establishment, making the task able to confront the ideas' path of criminal procedure in Brazil. In the second plan, the scene of the current aesthetics of the criminal culture is crossed by the line of force of the discourse on the penalty and worries, and then, with an analysis of the punitive and populist formations of the security dynamic. The governance inquisitive approach to the field of criminal procedure provides, finally, the uniqueness power of state, from a proof micrology, minutely the contemporary mythemes of the policy framework in the Brazilian criminal process, laying the presentable face of decisive choices on the ground of its criminal procedural democracy. At this level, therefore, is the focus of the strategies of power and the folds of thought, greatly, endowing democratic values, assigned to each place in this landscape, original meanings.

Key-words: Governance, Penal Policy, Inquisitorialism, Brazilian Criminal Procedure, Proof.

RESUMEN

El campo político del proceso penal – espacio ordenador, permeable a inversiones e injerencias, superposiciones y distensiones, no sólo determinado por normas jurídicas – contiene sobre sí una permanente aureola de excepción que lo fundamenta y lo excede. Es del orden del discurso inquisitorial que aducimos una gobernabilidad vivida en este nivel, la cual cabe aprender a reconocerla a través de sus metamorfosis. En las franjas de estos nexos entre violencia y derecho que el montaje argumentativo se estructura desde tres platós diferenciados, todos ellos teniendo la prueba como disposición privilegiada. El primer plano dice respecto a investigar los rastros del estilo inquisitorial que acaban por difundir los diferentes ambientes de instalación de la prueba, volviendo el trabajo capaz de confrontar los caminos de las ideas procesales penales en Brasil. En un segundo plano, la escena acerca de la estética actual de la cultura penal la atraviesa la línea de fuerza de los discursos sobre la pena y se preocupa, para tanto, con el análisis de las formaciones punitivista y populista de las dinámicas securitarias. El abordaje sobre la gobernabilidad inquisitiva en el campo procesal penal presenta, por fin, la singularidad de poder indicar, desde una micrología de la prueba, minuciosamente los mitemas contemporáneos del cuadro político en el proceso penal brasileño, asentando la cara presentable de las elecciones decisivas en sede de su democracia procesal penal. En este nivel, pues es que se concentran las estrategias de poder y los pliegues del pensamiento, sobremodo, dotando los valores democráticos, atribuidos a cada lugar en este paisaje, de significaciones inéditas.

Palabras clave: Gobernabilidad, Política Penal, Inquisitorialismo, Proceso Penal Brasileño, Prueba.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
-----------------	----

PARTE I: MATRIZES DA INQUISITORIALIDADE

CAPÍTULO 1. CONSTANTES INQUISITORIAIS DE ESTILO (AMBIENTES DE INSTALAÇÃO DA PROVA)	17
---	-----------

1.1 A Situação na Antiguidade: entre o domínio privado e público do delito	18
1.2 Um Olhar sobre a Cena do Medievo	30
1.2.1 <i>Prembulares Germânicos</i>	33
1.2.2 <i>A Fixação das Engrenagens Inquisitoriais</i>	39
1.3 O Apogeu Jurídico Inquisitorial Armado no <i>Ancien Régime</i> : ápice de estilo em 1670.....	60
1.3.1 <i>Articulando Tortura e Prova</i>	69
1.4 Reforma, via Revolução: recuo estratégico – para depois, a metástase.....	73
<i>Parêntesis</i> : Réquiem sobre a Transmissão do Objeto Institucional.....	81

CAPÍTULO 2. A ESTRUTURA ÍNTIMA DO PROCESSO PENAL (BRASILEIRO) E A INSTÁVEL POSIÇÃO DO MAGISTRADO	94
---	-----------

2.1 Breve Apresentação Histórica do Processo Penal Brasileiro	94
2.1.1 <i>O Precedente Italiano</i>	95
2.1.2 <i>Uma Genealogia do Processo Penal Brasileiro</i>	101
2.2 Nas Entranhas do Processo Penal e seu Ponto de Viragem	117
2.3 A Posição (Paranoica) do Juiz e a Atribuição de Poderes Instrutórios.....	142

PARTE II: PENA E CULTURA PUNITIVA

**CAPÍTULO 3. FRONTEIRAS DISCURSIVAS E POLÍTICO-CRIMINAIS
SOBRE A PENA.....166**

3.1 Olhar Inicial: do horizonte que se parte 166
3.2 *Teoria Garantista* da Pena: os (des)níveis do discurso..... 169
3.3 Para um Discurso Jurídico-libertário acerca da Pena: *teoria agnóstica*, o alheamento da *defesa social* e sua *razão de Estado* 178
3.4 *Excursus* sobre a *Teoria Materialista* da Pena 211
3.5 A Pena como *Dispositivo* Político: ou o direito penal como “discurso-limite” 215

**CAPÍTULO 4. A OSTENSÃO PENAL: A CULTURA DO CONTROLE E A
ACLAMAÇÃO SECURITÁRIO-POPULISTA DA PUNIÇÃO...228**

4.1 A Nova Ordem Social do Delito..... 228
4.2 Encarceramento e o Engodo dos Substitutos Penais e Engodo (menos prisão = mais prisão?) 242
4.3 Perspectivas do *Tempo Real*: integração, confinamento e controle..... 255
4.4 A Formação Cultural Inquisitória no Contexto Brasileiro: o *punitivismo* e seus atores 276
4.5 O *Populismo Punitivo*: o(a) direito(a) penal da esquerda punitiva e a política-penal dos direitos do homem 299

PARTE III: REGIMES DA PROVA PENAL E CONTEXTO BRASILEIRO

**CAPÍTULO 5. FACES DA EVIDÊNCIA: PROVA, PROCESSO PENAL E
POLÍTICA 325**

5.1 Contornos da *Evidência*: alucinação, prova e convicção 325
5.2 Novos Usos da *Evidência*: a simetria da *pré-ocupação* de inocência/carga da prova como *regras de clausura* (e de *cruzamento*) 341
5.3 *Passagens* – sobre a escala europeia dos inquisitorialismos..... 361
5.4 (O)Caso da Democracia Processual Penal Brasileira: quando os estilhaços da inquisição podem abortar um sistema acusatório 372
5.4.1 *As Derivas Inquisitivas de uma Reforma Processual Penal*..... 372
5.4.2 *O PLS nº 156/2009: os perigos de degeneração de um desejo acusatório*..... 382
5.5 *Limiar* – da Inflexão Inquisitiva: tensionando o princípio acusatório 400

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....425

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DOCUMENTAIS.....431

INTRODUÇÃO

“Articular historicamente o passado não significa conhecê-lo ‘como ele de fato foi’. Significa apropriar-se de uma reminiscência, tal como ela relampeja no momento do perigo.”

(“Sobre o conceito de história” – **Walter Benjamin**)

O campo da soberania do processo penal penetra profundamente a realidade política. Este espaço ordenador, não apenas determinado por normas jurídicas, contém sobre si uma permanente auréola de exceção que o fundamenta e o excede. Da ordem do discurso inquisitorial é que aduzimos a governabilidade vivida neste patamar e a nós cabe ser aprendida e reconhecida através de suas metamorfoses. Assume-se, como uma tese a qual se perseguirá, posta sob hipótese neste instante, a questão central conduzida diante da existência de um governo inquisitivo de traço perene no processo penal, inclusive a permear os limites de um pensamento afeito ao seu constrangimento. Nas franjas destes nexos entre violência e direito, pousamos nosso argumento. Para tanto, o quadro montado dispara em cinco direções diversas, coadunadas sob três respectivos níveis, todos eles tendo como traço comum a perspectiva da questão probatória. A prova como mirante é disposta como localização privilegiada a indagar acerca da governabilidade inquisitiva no campo processual penal.

O primeiro plano, neste viés, objetiva perseguir os rastros do estilo inquisitorial que acabam por veicular diferentes ambientes de instalação da prova, tornando capaz de confrontar, sob esta ótica, os caminhos das ideias processuais penais no Brasil. Num segundo plano, a cena é atravessada pelas linhas de fuga desde os discursos sobre a pena, bem como analisa as formações punitivista e populista das dinâmicas securitárias. Sob estes contornos, a abordagem apresenta, por fim, a singularidade de poder indicar minuciosamente os mitemas contemporâneos do quadro político no processo penal brasileiro desde a prova, em que os feixes de forças institucionais concentram-se, e os

valores democráticos atribuídos a cada lugar nesta paisagem são dotados de significações inéditas.

Se quisermos, em alguma medida, conduzir às linhas gerais de cada capítulo, poder-se-ia afirmá-las da seguinte forma. No primeiro momento do texto, os olhares se voltam para a direção da extensa dinâmica político-jurídica de formação de alguns dos diversos modos inquisitivos de pensar a cultura penal. Como a preocupação foi aprontada desde o ponto de observação privilegiado relativo à prova, nada mais condizente e oportuno que sejam aprofundados diferentes ambientes de sua instalação, como capazes de apresentar a afetação, nas variadas superfícies e engrenagens institucionais, das pulsões inquisitoriais e as diferentes maneiras de vê-la operar em certas temporalidades e contextos. Sem a necessidade de se ater à estrita linearidade cronológica, a história dos sistemas de pensamento neste ponto tem o interesse de contar o objeto cultural do processo penal desde a validade de suas ideias que tocam o estilo perene do atuar inquisitivo. Para isso, pertinente será traçar um perfil a alcançar, para além das variáveis de um passado remoto, o conjunto de forças a compor e dotar certos períodos, como o medievo, de caráter peculiar quanto à arqueologia do poder, hábil a iluminar experiências vindouras. Sobretudo, desde o ponto saliente da operatividade inquisitorial do aparelho jurídico, transmissor dos sinais da metástase de estilo e que constitui, em maior ou menor grau, a gênese dos mais diversos modelos processuais da contemporaneidade.

Em momento seguinte, realizado o cenário que ilumina o traço inquisitivo do discurso processual penal, ou seja, seu perfil entre a história e a política, o vetor que nos impinge analisar deverá ser apostado desde o estado específico do movimento processual penal brasileiro e suas raízes autoritárias. Longe de se circunscrever aos ares antidemocráticos de sua tradição, o escrito deve buscar na expansão da sua genealogia, surpreendida nas proveniências das práticas jurídico-legais neste contexto, o mote diferenciado e diferenciador que anunciará as entranhas dos sistemas processuais e suas filiações mais ou menos inquisitivas. Após recolhidos os diversos pontos de uma estrutura dos ambientes processuais e seus correlatos valores políticos, necessário fixar um índice de inquisitorialidade a estimar a entorse ao nível da atuação probatória do magistrado. O percurso será indicado desde o âmbito de realização do poder tornado aparente a partir do lugar ocupado pelo magistrado no (re)arranjo das forças políticas. A este nível, no tocante à governabilidade da prova é que se poderá antever o ponto

tendentemente frágil à organização processual penal acusatória, quando atirado o juiz nas tarefas persecutórias camufladas de instrução e investido em lugares alucinatórios a bem representar sintomas variáveis de uma constituição paranoica.

A segunda parte, iniciada no terceiro capítulo, comportará a peculiaridade do argumento tornado propositalmente investido no interior do próprio discurso jurídico-penal. Por este motivo, a sua maneira, pretende-se amplificar o horizonte estratégico no encaço da pena, central às técnicas legitimantes das violências em planos plurais. Neste ponto, requisita-se um cariz diverso que aponte para um discurso penal libertário, atento e desafeto às armadilhas da defesa social, impregnada inclusive nas teses liberais ao longo das reverberações transepocais da maquinaria dos inquisitorialismos. Nesta quadra, algum contraponto da governabilidade inquisitiva, a ser identificado aqui como um discurso penal politicamente articulado a funcionar como hábil operador de uma potência limitadora, não pode descuidar da fundamental gerência atinente à conservação da lógica autoritária, tornando-se inafastável identificá-la no fito da continuidade presente nos diversos discursos, principalmente liberais, dos atores jurídicos em variados patamares. Sobre a pena, assim, é que o discurso pretenderá jogar com uma postura central que trafegue pelas antíteses políticas do estado de polícia e possibilitará vislumbrar um discurso-limite de contenção e resistência à razão de estado sempre à espreita de ativação.

Bem pautada a verve inquisitiva em suas várias estirpes e ajudada pela identificação dos discursos de defesa social, e a razão de estado a eles acoplados, o âmbito de estudo pode, assim, em continuidade, pousar plenamente na tarefa de delinear o esplendor da cultura punitiva contemporânea. Esta fulguração necessita ser verificada ao menos em dois níveis: um nitidamente vinculado à nova ordem de controle do delito e suas perspectivas instantâneas de esgarçamento de governabilidade criminal e, o outro viés, atinente a localizar as demandas punitivas nos e dos próprios atores envolvidos na cena penal, que, ao mesmo tempo, propiciam-na e lá vão beber do disponível caldo cultural punitivista em contexto brasileiro. Destarte, a formação é apreendida sob sua profunda aclamação populista, mesmo em terreno supostamente imune a tais crispções. Ao se circunscrever a complexidade da ostensão penal, diante da integração de novas sobreposições securitárias, deslocadoras do epicentro do controle social, neste painel, será possível conduzir firmemente a indicação de uma estrutura centrífuga, não apenas amplamente permeável ao punitivismo via os agentes envolvidos na persecução no

contexto brasileiro, mas confrontar tal plataforma como reflexo nítido das inclinações populistas da punição em matéria penal.

Em momento derradeiro, no último apartado, contornada e aprofundada a superfície dos registros inquisitoriais em variados platôs, a saber, (a) ao nível político-histórico, (b) no tocante às configurações inquisitivas sistêmicas concretas da genealogia do processo penal brasileiro, e (c) ainda mais radicalmente quanto aos discursos de defesa social deflagrados pelos renovados ambientes de segurança, bem como (d) quanto aos atores envolvidos nas demandas expansivas do punitivismo, finalmente imperativo é requisitar o nível político-epistemológico da prova. Na medida em que possamos ter em mãos os materiais que identificam as variáveis inquisitivas postas a trabalhar, a opção dirige-se para investir intimamente nos mitemas da prova (e sua complexa micropolítica) relativos ao caso brasileiro. Lança-se mão, para tanto, de um operador sensível a servir de aporte no campo desta interrogação: a evidência. Para que se instale adequadamente, seus regimes epistêmicos devem vir à tona, além das suas porosidades diante da convicção e da *pré-ocupação* da inocência no campo processual penal. A evidência, pois, deparada com a prova, traz uma multiplicidade estética capaz de configurar virtuosamente o enfrentamento dos inquisitorialismos com propriedades inéditas. Se de forma paralela poderão se avizinhar certos níveis de inquisitorialidades na escala europeia de adesão aos desempenhos autorais probatórios dos juízes, estes perfis acabam por ser potencializados se formos levados, sobremaneira, a indagar a perspectiva da democraticidade no processo penal brasileiro. Premente perquirir, assim, as derivas inquisitivas canalizadas no acontecimento das recentes reformas legislativas e, mormente, no ainda em curso, Projeto da nova legislação processual penal brasileira – todos a cristalizarem desejos acusatórios e pontuais perigosas inflexões. As performances principiológico-políticas conduzidas pelos diferentes atores da constelação de interesses institucionais, por fim, poderão ser apresentadas entrecruzadamente pelas constantes tensões de forças instáveis e pelos desejos veiculados, miradas a partir das produções de sentidos e da aquisição de realidades concretas ao nível do processo penal.

PARTE I:
MATRIZES DA INQUISITORIALIDADE

Capítulo 1.
**CONSTANTES INQUISITORIAIS DE ESTILO (AMBIENTES DE
INSTALAÇÃO DA PROVA)**

“O princípio segundo o qual tomo decisões é: a culpa é sempre indubitável. Outros tribunais podem não seguir esse princípio, pois são compostos por muitas cabeças e além disso se subordinam a tribunais mais altos.”
(Na colônia penal – **Franz Kafka**)

Há um eixo de permanência que interpela desde o começo a problemática do trabalho. A ele concerne a captação das constantes inquisitoriais e seus estilos, configuráveis em diversos contextos em que a prova instala-se. Quer dizer, noutras palavras, que o aprofundamento das matrizes da inquisitorialidade, no tocante ao terreno probatório, pode ser examinado, ao menos de início, sob algum aspecto, desde aquilo que poderia ser dado por adquirido. Paradoxalmente, sobre aquilo que haveria condições de se operar um recorte poderá advir um sentido. Evidentemente, desde que sejam apostas as lentes adequadas. As diversas temporalidades implicadas no afazer processual penal, a serem trazidas nos variados momentos históricos de complexo trato, nada valerão senão pelas experiências contextuais que veiculam. Operando-se por saltos, para que o argumento não se perca nos labirintos infindáveis das minúcias historiográficas, deve-se antever a demonstração – nalgum ponto sempre seletivada e pouco linear – da instalação de múltiplas montagens no que se refere à prova e, sobremaneira, do seu índice de permanência inquisitorial a apontar um elemento indispensável e minucioso no exame da contemporaneidade em termos de processo penal brasileiro.

Sendo assim, a necessidade de um estudo histórico-político atravessa com força o fenômeno processual penal. É cediço que neste âmbito de realização do poder, seja ele estatal ou não, aparece com maior intensidade a ingerência à liberdade individual, ou seja, é onde fica visível em maior grau a afetação das liberdades garantidas juridicamente¹. Sobretudo porque aqui se faz expressa a influência da ideologia vigente em cada efetivo exercício de poder, como expõe Maier, “*se percebe más ‘a flor de piel’*”

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et. al.*. Madrid: Trota, 1995, p. 21.

que en las demás ramas jurídicas”². A tensão política perpétua aqui fala mais alto, mais evidente e direto, assim, o entrechoque de forças na manipulação do poder político. Não precisaríamos antecipar o exemplo da inquisição para apoiar a afirmação e ver-se o quanto de vigorosa necessidade política pode haver para apoiar um fundamento de autoridade central e indiscutível.

Embora possa parecer uma simples retomada do devir histórico numa linha de evolução, o que na verdade se pretende é fazer aflorar com maior facilidade as estruturas internas das instituições jurídicas, sobretudo a correlação entre a ideologia praticada em diferentes locais e tempos e o seu sistema de processo penal. Culturalmente, o processo penal de cada época oferece um panorama rico acerca das suas razões e sentidos políticos. Como pontua Maier, é a própria posição que nos encontramos, local e universal, que se põe em xeque, *“el camino a seguir si deseamos ser más consecuentes con nuestra forma de organización política, con la manera de insertarnos en el mundo como realidad política, que casi todos pretendemos, pero que nos cuesta tanto llevar a la práctica.”*³

O conhecimento do objeto cultural que é o processo penal, com suas regras e contingências, nos ajudará no momento posterior a clarear as brumas quanto às infundáveis divergências doutrinárias acerca dos elementos que compõem cada sistema. Quando não por uma questão de facilidade metodológica, por enquanto, impõe-se uma sucessão de ordens com sociedades afastadas em complexidade no tempo e espaço para alcançar algo da emergência dos denominados *sistemas processuais penais* e enxergar nas práticas precedentes as pistas de como os fatos eram apurados e que função exerciam juiz e partes neste “processo”.

1.1 A Situação na Antiguidade: entre o domínio privado e público do delito

² MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp.. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 260.

³ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 263.

Por sua vez, serve o estudo das histórias das ideias⁴ processuais penais, doutro ponto, também para exumar os fantasmas de irracionalidade que pairam sobre algumas práticas de resolução de conflitos, em períodos pontuais, seja na antiguidade ou mesmo depois no dito medievo. Um traço inicial sobre a situação na antiguidade, entre o domínio privado e público do delito, poderia ir ao encontro das primeiras sociedades politicamente mais organizadas, como o *Egito*, onde se exercia o poder judiciário pelas mãos dos seus sacerdotes.⁵

Com um juiz em cada província, dispondo de delegados, e a acusação como dever cívico das testemunhas, estas últimas atuavam como polícia repressiva e auxiliares da instrução. A própria instrução era pública, muda, solene e dotada de uma mania de escrever, contudo com julgamento secreto.⁶ Talvez, diante desta configuração, um olhar que tente dar contornos familiares a estas estruturas de persecução penal de iniciativa oficial sob uma forma de governo de inspiração (sacerdotal) absoluta, que por outro lado sobrepese pouco o radical rasgo e a configuração peculiar que se operaram no medievo a partir de outra tradição completamente alheia a este estado de coisas, ainda que distantes, poderia ser tentado a ver ali o *embrião* do procedimento inquisitório.⁷

No tocante à situação na antiguidade relativa ao *direito hebraico*⁸, em traços sucintos, caberia relevar as três espécies de tribunais que marcaram sua história: os tribunais dos *Três*, dos *Vinte e Três* e o *Sinédrio*. Consistindo em três graus de jurisdição diferentes. O primeiro, composto por três juízes (*schophetim*) e instituído às portas de cada cidade, prestava-se a alguns delitos e causas de interesse pecuniário e apeláveis suas decisões ao tribunal dos *Vinte e Três* (presente nas vilas maiores e

⁴ Cf. sobre o termo que, em última análise, ocupa um lugar fronteiro transdisciplinar que partilha os objetivos de fazer luz a alguns «valores» do passado para o presente, identificando ideias e ideais, e captando como os homens as obtiveram e de que modo afetaram sua civilização, BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume I (Séculos XVII e XVIII). Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 2002, pp. 43-159, especialmente sobre Luís XIV, pp. 17-25.

⁵ A civilização do Nilo tem uma longa história de cerca de quarenta séculos; a evolução do direito conheceu aí fases ascendentes e descendentes, correspondendo mais ou menos às grandes oscilações do poder dos faraós. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 52-56.

⁶ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Volume I. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pp. 16-18.

⁷ Neste sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, p. 28.

⁸ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, pp. 66-73.

responsáveis pelo julgamento dos crimes apenados com a morte). A Assembleia ou *Tribunal dos Setenta* era o mais alto grau da magistratura. Como instituição política e judiciária, que remonta a Moisés, a ela competia a interpretação das leis e o julgamento de pessoas especiais.

Interessam, ao menos, dois aspectos aqui destacar. Ainda que os povos antigos se orientassem no sentido da irrecorribilidade das decisões, dado o grau sagrado e soberano delas, entre os hebreus, o recurso era considerado um direito sagrado: “*em todos os casos, o acusado ou os litigantes podiam recorrer a jurisdição superior, para escapar às pequenas influências de localidade*”⁹. Além disso, compunha a dinâmica da dedução da acusação em processo contraditório e público. Numa fase mais avançada, as votações nos julgamentos da mais alta corte deveriam ser repetidos no dia seguinte, estando aqueles que haviam votado pela absolvição proibidos de mudar seu voto. Quer dizer, basicamente tratava-se de um duplo grau de jurisdição a favor do réu. Em síntese, além da garantia contra o falso testemunho, Almeida Júnior enuncia alguns traços da legislação mosaica: fora o caso de flagrante, o acusado não era preso senão depois de conduzido ao tribunal para defender-se e ser julgado; não havia interrogatórios ocultos, ninguém seria condenado pela confissão, por conjecturas (“ouvir dizer”) ou pelo dito de uma única testemunha; a instrução e debates eram públicos e os julgamentos conferidos em segredo e o recurso era um direito individual e sagrado.¹⁰

De sua parte, na *Grécia antiga*¹¹, a ilustração básica que se retira era a justiça ateniense e suas quatro jurisdições: a *Assembleia do povo*, o *Areópago*, os *Efetos* e os *Heliastas*. Vemos funcionar nesta legislação dois princípios que acabaram prevalecendo, segundo Hélie, depois em seis séculos da era romana e no próprio processo penal moderno: “*la participation des citoyens aux jugements criminels et la*

⁹ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 20.

¹⁰ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 19-21.

¹¹ Segundo Gilissen, os gregos não foram grandes juristas, o que não impediu ao sistema jurídico da Grécia antiga ser uma das principais fontes históricas dos direitos da Europa Ocidental. Foram, porém, os grandes pensadores políticos e filosóficos da antiguidade; os primeiros que se conhece a elaborar uma ciência política e na prática instaurarem em algumas das suas cidades regimes políticos que serviram de modelo a civilizações ocidentais (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 73- 80). Sobre a Grécia e o mundo Heleno, conferir, em especial, sobre os marcos gerais da reflexão política, TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. 6ª ed.. Madrid: Tecnos, 2006, pp. 27-59. Ademais, quanto à gênese do pensamento político e os conceitos fundamentais da cidade grega, CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, pp. 13-22.

publicité des débats”¹². O juízo era oral, público e contraditório como sói nos povos antigos. Superava-se a concepção privada do delito e dividia-o, segundo a lesão, em privados e públicos. A estes, de interesse da ordem, da tranquilidade e da paz públicas, era facultado a qualquer cidadão persegui-los; enquanto, aos privados, afetos ao interesse do ofendido, exequível a acusação por ele ou seus cuidadores. Aqui se encontra a origem, segundo Velez Mariconde, da nossa classificação entre as ações penais.¹³

Relevo especial para este último tribunal popular também chamado de *Helião*, sobressaindo-se por julgar em procedimento comum a maioria dos delitos nas sessões em praça pública e sob a luz do dia, compostas as reuniões por 500 a 6000 participantes sorteados entre os cidadãos atenienses. A estes indivíduos estava resguardada a acusação popular, na medida em que a sua participação direta nas tarefas de acusar e de julgar era questão de soberania. Aos *Efetas*, compostos por 51 juízes escolhidos dentre os membros do Senado, destinava-se o julgamento dos homicídios culposos. O *Areópago* foi o mais célebre tribunal de Atenas, com número variável de julgadores (de no máximo 51), nascido para julgar os crimes maiores como aqueles apenados com a morte e substituído depois em parte pelo tribunal popular dos Heliastas. Por fim, a *Assembleia do povo* era a depositária do poder soberano que raramente era exercido por forma direta, senão em questões políticas de suma importância para a República, limitando-se a ordenar a persecução às sessões dos Heliastas.¹⁴

Em contornos gerais, era um processo dominado pelas partes que possuía como características: o direito popular de ação e de julgamento; a publicidade de todos os atos do processo; a prisão preventiva; a liberdade provisória sob caução salvo naqueles de conspiração contra a pátria e a ordem política; e, por fim, a restrição ao direito popular de acusar em crimes que mais lesavam o indivíduo do que a sociedade.¹⁵ Assim, o prestígio do modelo grego de persecução adveio exatamente deste cariz da acusação popular,¹⁶ em que qualquer cidadão (com a concepção restrita à época como cediço) poderia em nome do povo sustentá-la, sem deixar de citar, em contrapartida, como faz

¹² HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L'Instruction Criminelle, ou Théorie du Code D'Instruction Criminelle*. Première Partie. Histoire et Théorie de La Procédure Criminelle. Paris: Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1845, p. 16.

¹³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*. Cordoba: Imprenta de la Universidad Cordoba, 1956, pp. 15-19.

¹⁴ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L'Instruction Criminelle*, pp. 16-33.

¹⁵ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 26.

¹⁶ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 270.

Hélie, o “*coutume odieuse, qui remonte aux premiers âges du monde*” da prática da tortura – modo ordinário de prova na legislação grega. “*La torture, comme tous les autres actes de la procédure, avait lieu publiquement, en face du peuple*”, especialmente sobre os testemunhos, em primeiro lugar, destinada aos interrogatórios dos escravos do acusado feito pelo acusador – já que não eram dignos de testemunho – e poderia até mesmo ser oferecida a sua tortura para purgar o acusado de qualquer suspeita. Suas declarações não teriam valor algum senão com as sanções do suplício. O que não obistou este exercício alcançar mais tarde os homens livres e cidadãos. Eram praticantes, com a mesma pretensão dos germânicos dez séculos depois, das ordálias, como os ferros quentes e água fervente.¹⁷

Arremata Maier para caracterizar sumariamente o processo penal para os delitos públicos:

“*Tribunal popular, conforme al principio de soberanía del pueblo. II. Acusación popular, por facultad acordada a cualquier ciudadano para presentar querrela contra la persona a quien creía autor de un delito público o participe en él. III. Igualdad entre acusador y acusado, quien, de ordinario, permanecía en libertad durante su juzgamiento. IV. Publicidad y oralidad del juicio, que se resumía en un debate contradictorio entre acusador y acusado, frente al tribunal y en presencia del pueblo. V. Admisión de la tortura y los juicios de Dios como medios de realización probatoria. VI. Valoración de la prueba según la íntima convicción de cada uno de los jueces, quienes votaban a favor o en contra depositando un objeto que daba a conocer el sentido del sufragio. VII. Decisión popular inimpugnable.*”¹⁸

O *direito romano*¹⁹ nos proporciona com nitidez ímpar as nuances quanto àquilo que já referimos do impulso da ideologia política imperante e suas estreitas correlações com o processamento penal. Com uma paulatina mudança dos três sistemas de processamento penal – *cognitio*; *acusatio*, *quæstio* ou *iudicium publicum*; e *cognitio extra ordinem* – ao compasso das transformações das instituições – *Monarquia*,

¹⁷ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L'Instruction Criminelle*, pp. 27 e 28.

¹⁸ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 272.

¹⁹ “*Com ele, segundo Hegel, começa ‘a prosa do mundo’. Seria leviano interpretar essa fórmula de modo pejorativo: se é verdade que a civilização romana não teve a riqueza de invenção grega, soube transportar para o real ideias elaboradas por essa e construir instituições de uma eficiência incontestável. Seu prosaísmo é, antes de mais nada, um sentido constante do fato consumado e de sua inscrição nas estruturas coletivas. (...) Os enunciados jurídicos e as legitimações filosóficas intervêm como quadro, como marca e como perpetuação da ação fundadora da comunidade cívica.*” (CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*, p. 22-23. Cf. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, pp. 80-99 e TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*, pp. 65-104).

República e Império, pôde ser observada a entrada sempre do antigo sistema nas molduras das organizações políticas posteriores, adquirindo o novo sistema que se implementava o caráter de exceção frente ao anterior.²⁰ Assevera Vélez Mariconde: “*la organización política en vigor le imprime al proceso, en cada época de una historia admirable, y no obstante la lentitud de las transformaciones que se van operando, el sello liberal o despótico que la caracteriza.*”²¹

Convém antes afirmar que o direito processual penal romano conheceu, como os gregos, a divisão entre delitos públicos e privados. Com relação ao processo penal privado – *iudicium privatum*, o juiz se punha como árbitro ante as partes, ficando restrito seu julgamento ao exposto por elas. Esta parte do direito penal regulava as infrações sem violência e não previstas especificamente em lei, acabando com o tempo tendo pouca importância e conservando-se apenas para os delitos de injúria, adultério ou casos de suposição de parto: “*per effetto della tendenza anche del più remoto diritto penale romano, di rendere pubblica l’azione penale in ogni caso*”²², isto resultou no progressivo abandono do processo penal privado.

Das primeiras épocas, ao se estabelecer a *Monarquia* em Roma, poucos registros há. Apenas sobre o final do período se resgata algo como uma delegação do poder real de julgar diretamente a magistrados chamados *duumviri*.²³ Estes, antes de exercer o *imperium*, levavam a cabo uma espécie de instrução de nome *cognitio*. Daí advém o mais antigo dos sistemas procedimentais penais conhecidos ali, em que o Estado romano se apresentava como detentor do poder de punir. Procedimento de natureza pública, em que, ao magistrado, reunindo todas as funções processuais, eram conferidos amplos poderes de iniciativa, instrução (*inquisitio*) e deliberação, sem maiores formalidades e mesmo sem partes. Prevista a faculdade de apelação do acusado ao povo (*provocatio ad populum*, entendido aqui os cidadãos, e excluídos estrangeiros, mulheres e cerceados de liberdade), contra as decisões do rei ou dos magistrados, que determinava um procedimento de segundo grau chamado *anquisitio*. Note-se o indubitável sentido político deste primeiro elemento de um procedimento formal estável

²⁰ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 273.

²¹ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, p. 22.

²² MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, p. 2.

²³ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 35-37.

e eficaz para constituir um garantia ao indivíduo frente ao poder real²⁴. Isto provocava a reunião da Assembleia popular, como *instância de graça* capaz de perdoar – um dos primeiros sinais de soberania popular na limitação do poder penal do rei.²⁵

Com o advento da *República*, num período intermédio ainda, transformou-se a organização judicial e se apontava a emergência de um novo sistema. Implementou-se logicamente um procedimento de viés oral, público e contraditório, característico dos julgamentos das *centurias* – assembleias populares mistas de patrícios e plebeus que terminaram por exercer a justiça penal por delegação temporária e singular. Isto como consequência das chamadas três leis *Valeriae* (renovadas e confirmadas, segundo Hélie²⁶, três vezes pela Lei das XII Tábuas, pelas leis Pórcias e de Caio Graco), que, desde o segundo ano do consulado, renovaram o direito do cidadão à intervenção popular nos julgados e começaram uma lenta transmissão do poder de julgar dos magistrados criminais aos tribunais populares (*comícios*): “(...) *le résultat véritable, la principale conséquence des lois Valeriae, fut de transporter au peuple la juridiction criminelle. Cette juridiction fut considérée comme un attribut de sa souveraineté; elle parut en découler comme de sa source légitime.*”²⁷

Foi aquela delegação, tornada permanente, que daria origem às *quaestiones perpetuae* ou *accusatio*. Por referência ao procedimento centurial exercido por estes tribunais (*comícios centuriais* ou *centúrias*), esta época de transição até a perfectibilização da *accusatio* ficou consagrada como a fase da *justiça centurial*.²⁸ Mesmo assim, persistia o magistrado inquisidor público, todavia, agora com a possibilidade de uma assembleia popular anular suas decisões. Vinda a *accusatio* ainda no último século da República, por uma série de leis que converteu a *quaestiones perpetuae* em procedimento ordinário, a dita *iudicium publicum* ou *quaestio*²⁹ carecia do acusador particular e, em muitos aspectos, era semelhante às formas gregas, pois qualquer um do povo, munido de provas poderia deduzir a acusação e mover a ação penal. Manzini, desde Mommsen, refere – nunca é dispensável esquecer – que a

²⁴ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, p. 25.

²⁵ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 275.

²⁶ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L'Instruction Criminelle*, pp. 41-43.

²⁷ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L'Instruction Criminelle*, p. 44.

²⁸ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, pp. 25-26.

²⁹ O procedimento, obviamente, é designado *iudicium publicum* por oposição ao *privatum*; *quaestio* indica a direção do processo dada pelo *quaesitor*; *accusatio*, derivado de *accusare*, que compreende a imputação formal que se encontra na base mesma deste sistema (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, p. 26, nota 11).

accusatio, de algum modo, surgiu como um procedimento apto a “*garantire l’interesse repressivo contro l’incuria o la incapacità dei magistrati*”³⁰. Ao contrário de diminuir, a contribuição trazida pelo sistema foi aumentar e fortalecer a repressão dos delitos por parte do Estado. Qualquer cidadão (novamente aqui excluindo as mulheres, os libertos, os menores e os filhos de família), como representante da comunidade, não necessariamente aquele lesado, poderia exercer a faculdade de perseguir o crime. Saudável não se iludir – por certo, apenas por isso já se justifique toda a digressão sobre tempos tão remotos – com uma forma “acusatória” que pode, dependendo da sua aludida configuração, servir bem para isto também. Na época, deduzia-se a acusação, desde um órgão alheio ao Estado (“*rappresentante volontario della collettività non magistrato*”³¹), para depois a realização da investigação do fato na presença do acusado, ou seja, era a *inquisitio* posterior a *accusatio*.³² Ainda assim, era inteiramente dominado o processo pelo contraditório, num modelo público e oral, em que os debates eram o eixo central do procedimento. O que antes era de caráter excepcional veio a democratizar o processo penal romano e a transformar-se numa nova limitação do poder penal do Estado, agora de forma definitiva: o exercício popular do poder de decidir, do magistrado para o cidadão, sobretudo com um procedimento regulado por lei.³³ O arbítrio, pudesse sê-lo de origem popular ou estatal, agora é contido por um sistema normativo.

Às partes era disponível o conteúdo do processo. Tratava-se de um novo sistema (acusatório) de acusação popular, sem dúvida de inspiração grega. Instituíram-se os corpos judiciais permanentes dos *iudicis iurati*, sob a presidência de um magistrado (o *pretor*), órgão portador do *imperium* destinado a convocá-los. Poderia, entretanto, delegar a um dos jurados, chamado *quaesitor*, a direção do colegiado investindo-o do poder para o caso.³⁴ O cidadão, ungido como acusador, depois de aceita a *postulatio* ou *petitio* pelo magistrado, praticava a instrução preliminar para coletar dados de convicção (antiga *anquisito*) que terminava com o debate público diante dos jurados.³⁵ O caráter

³⁰ MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. Secondo Il Nuovo Codice di procedura Penale. Sesta Edizione. Padova: CEDAM, 1934, p. 12

³¹ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, p. 3.

³² TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo II. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, p. 561.

³³ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 277.

³⁴ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 59-62.

³⁵ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 76-81.

público ou secreto para o acusado desta investigação ainda hoje, como assevera Vélez Mariconde,³⁶ é objeto de controvérsia.

Aos debates, seguia-se a recepção da prova: documentos (*tabulae*), interrogatórios das testemunhas (*testes*) e depois, sem esquecer, a tortura (*quaestio*) como modo de obter a verdade das diversas fontes de prova³⁷ – instrumento este tão conhecido quanto discutido entre os romanos, mas apenas pelo ponto de vista de ser um meio sujeito a erro para alcançar a verdade, jamais quanto aos motivos de odiosa injustiça relativos à dignidade humana. As provas escritas, primeira espécie, eram apenas trazidas pela acusação, entretanto, são os testemunhos o principal meio de prova da acusação. As testemunhas poderiam ser, de um lado, aquelas citadas pelo magistrado para comparecer obrigatoriamente ou, de outro, puramente de aparecimento voluntário. A terceira espécie de prova são aquelas confissões extorquidas pela tortura. Escreve Hélie:

*“Nous retrouvons à Rome cette exécration pratique que nous avons déjà signalée dans la Grèce, et qui était comme implantée dans presque toutes les législations des peuples de l’antiquité. La question n’était pour eux qu’un instrument efficace de conviction, ils n’en apercevaient pas la barbarie. (...) au milieu de ces arguments de rhéteurs, on n’en découvre aucun qui révèle le sentiment de l’humanité outragée; ils discutent la valeur du témoignage, ils n’en aperçoivent pas, ils n’en soupçonnent même pas le caractère; ils semblent disposés à répudier la torture, mais ce n’est pas à raison de son odieuse injustice, c’est parce qu’elle est sujette à l’erreur.”*³⁸

Se durante a República foi a tortura prova sistemática aplicada aos escravos, de forma análoga ao modelo grego, pouco a pouco foi ampliada às pessoas livres mais humildes e dotados de infâmia. Foi com a lei *Julia majestatis*, que se estendeu ainda mais como regra geral a todos cidadãos acusados de crime de lesa majestade. A tortura, desta maneira, era meio ordinário de instrução em matéria criminal. Na República posta como exceção aplicável aos escravos, no Império, como veremos, a exceção seria aqueles dela excluídos: *“les familles sénatoriales (...), les clarissimes (...), les décurions (...), les milites (...).”*³⁹

Compareciam, ainda, ao fim do procedimento, os *laudatores*, que apenas depunham a favor do acusado. Tanto o presidente (*quaesitor*) como os *iudicis* eram

³⁶ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, pp. 32-33.

³⁷ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 82-97.

³⁸ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 87-88.

³⁹ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 91-93.

meros árbitros que escutavam o debate oral e público, espectadores mudos do debate, responsáveis apenas por resguardar o cumprimento das leis, “*mais la direction de la discussion appartenait réellement à l’accusateur*”.⁴⁰ De todo modo, apenas intervinham para ditar a sentença que condenava (tabela com a letra C), absolvía (tabela com a letra A) ou declarava NL (*non liquet*), reenviando a um novo processo (*ut ampliùs pronuntiaretur*) ampliado, com novo procedimento e debate (*ampliatio*).⁴¹

É no sistema das provas deste período, sobretudo, que se observa um dos princípios fundamentais que subsiste até os nossos dias: o sentido mítico das provas, como meio pelo qual a divindade demonstrava por sinais exteriores a razão a uma das partes, que marcará o direito germânico, é afastado para dar lugar a um conhecimento objetivo, histórico, como forma de reconstrução histórica do acontecido segundo os sinais deixados pelo crime no mundo.⁴² A prestação da prova estava atrelada a conferir convicção à realidade do delito, desde um estudo histórico e um exame técnico, em que, na dúvida, os juízes se abstinham de condenar. Assevera Vélez Mariconde: “*el mejor elogio para el derecho romano se hace con sólo consignar tales principios, pues no son otros los que aun presiden la valuación de la prueba: el de la verdad objetiva o histórica y el de in dubio pro reo, que nosotros derivamos del principio de inocencia.*”⁴³ Se em Roma a obrigação de sustentar a hipótese acusatória estava a cargo da acusação, o contrário percebe-se nos dias atuais, quando a preponderância adquirida pelo interesse público determinou uma radical transformação no que concerne à *carga probatória*, pois tornou-a fraca, quando não inaplicável, ao processo penal, devido à dilatação dos poderes do Juiz e dos Fiscais.

Importa sobremaneira, como dito, frisar a persecução penal a cargo de uma pessoa estranha ao órgão da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio – nemo iudex sine actore*). Neste ponto, o direito processual penal romano ganhou consistência e autonomia maduras, alheio ao processo civil, dotado agora de um corpo homogêneo de normas processuais derivado das leis de César sobre os *iudicia publica* e os *iudicia privata*. O que não elidiu, com o passar do tempo, os anseios por mais repressão da delinquência, concomitantemente ao gradual deslocamento do foco de soberania dos cidadãos para o Imperador, além dos enormes problemas relativos àqueles acusadores

⁴⁰ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L Instruction Criminelle*, p. 86.

⁴¹ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L Instruction Criminelle*, p. 98.

⁴² MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 283.

⁴³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, p. 30.

movidos pela intenção de vingança e o constante ânimo litigioso entre as partes⁴⁴ – em que pese o acusador poder responder pelo mau exercício da sua função quando desistisse de forma infundada da acusação (*tergiversatio*), pela falsa imputação do delito (*calumnia*) ou pelo acordo doloso com o acusado (*prevaricatio*).⁴⁵ Sem perder de vista ainda, em geral, os graves inconvenientes, alguns deles apontados por Tornaghi⁴⁶, no sistema acusatório da fase republicana da antiguidade romana, como a impunidade dos criminosos, a facilitação da acusação falsa, o desamparo dos fracos, a deturpação da verdade, a impossibilidade de julgamento em muitos casos, a inexecuibilidade da sentença etc..⁴⁷

Sob a força do *Império*, em seguida, uma nova transformação se impôs, naturalmente, como dito, de acordo com a variação da fonte de soberania e suas novas necessidades de repressão à delinquência. Mesmo tendo perdurado neste ambiente a *accusatio*, foi introduzida lentamente, por meio de leis extraordinárias para julgamento de delitos específicos e com “*congegni processuali più idonei*”⁴⁸ a estes fins, no Império, a *cognito extra ordinem*: “*la juridiction extraordinaire; cognitio extrà ordinem, devint la juridiction ordinaire; la règle prit la place de l’exception*”.⁴⁹ Se o poder agora passa para o Imperador e seus delegados, a modificação dos tribunais e o exercício da persecução se colocam nas mãos de funcionários estatais. O Imperador, ele mesmo, assume funções jurisdicionais, seja sozinho ou rodeado por seu conselho de militares, juristas e senadores. O número de assuntos tornou necessário delegar funções a tribunais inferiores, aproveitando-se da decadência dos tribunais de jurados.⁵⁰ As funções do pretor são realocadas pouco a pouco para os prefeitos das cidades (*praefectus urbi*) e para os *praefectus vigilum* (magistrados de polícia), delegados imperiais responsáveis agora por administrar a justiça em Roma. As normas legais

⁴⁴ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, p. 4.

⁴⁵ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L Instruction Criminelle*, pp. 100-103.

⁴⁶ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo II, p. 563.

⁴⁷ Foi um câmbio político profundo que passou também pela ampliação da malha de persecução penal a um número muito maior de pessoas, o que trouxe consigo um enorme número de acusações infundadas, uma série de abusos movidos, muitas vezes, por vingança. Para além dos considerados cidadãos, pela lei *Julia majestatis*, mulheres, escravos e até os que purgavam uma pena de infâmia podiam também provocar a persecução. Estimulava-se o aumentado do número de delatores e naturalmente o de perseguidos, numa espiral que expôs certa desestabilização do sistema: “*ainsi le droit d’accusation était devenu un moyen, non plus de justice, mais de despotisme et de spoliation (...)*” (HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L Instruction Criminelle*, pp. 117-119).

⁴⁸ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, p. 4.

⁴⁹ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L Instruction Criminelle*, p. 132.

⁵⁰ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L Instruction Criminelle*, pp. 123-133.

procedimentais eram dispensáveis e a *cognitio* foi revivida plenamente, derrubando-se o edifício processual da *accusatio*.

De forma sintética, a própria denominação *cognitio extra ordinem* traz consigo as duas características centrais do procedimento, segundo Maier: o renascimento da *cognitio*, pressuposto da onipotência que reúne as funções de requerer e decidir em únicas mãos; e a sua regulação como sistema de exceção destinado a curar a inatividade do antigo sistema acusatório e outorgar maiores poderes a nova configuração política imperial.⁵¹ Quanto ao regime de prova, é oportuno aclarar que a profunda sabedoria e humanitarismo não se perderam completamente nesta época. A influência da filosofia estóica acompanhou os principais juristas do Império, o que ajudou a não soterrar as ideias que hoje conhecemos como *in dubio pro reo* (melhor deixar impune um delito que arriscar o castigo do inocente) e *ne bis in idem* (um mesmo delito não funda várias acusações).⁵² O que não impediu a força do Império de aprofundar a direção, no que diz respeito à prova, da reconstrução histórica do delito, a valoração fundada na *certeza moral* do sentenciante e, fundamentalmente, a fragilidade de estarem reunidas as exigências da lei para a fixação da condenação.

A apelação se dava simplesmente por motivos utilitários de controle hierárquico das decisões; as escrituras, os atos secretos, o procedimento de ofício por iniciativa do magistrado, ainda que conservados os debates orais e públicos – à moda de futuros modelos ditos mistos – é que darão os traços do aparato oficial com poderes crescentes de perseguição e os contornos daquilo que Vélez Mariconde chamará de “*los primeros gérmenes del proceso inquisitivo*”.⁵³

Retomando – com força de destaque final –, foi para fugir da total vontade dos indivíduos em movimentar o sistema, que foram criados, como golpe de misericórdia na *accusatio*, funcionários oficiais encarregados de velar pela segurança pública e pela persecução penal. De um poder subsidiário, até o fim do Império, a prática já demonstrava o que seria o legado principal que o direito romano transmitiu aos séculos vindouros, quando, ao ser conservado pela Igreja e pelas Universidades, voltaria recepcionado como direito comum na Europa do século XIII.⁵⁴

⁵¹ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 287.

⁵² VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, p. 39-42.

⁵³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, p. 79.

⁵⁴ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 286.

1.2 Um Olhar sobre a Cena do Medievo

A seu turno, algum salto cronológico será necessário neste ponto, exatamente para que o alheamento de alguma linearidade simplista fique pelo caminho e ressalte-se o que de fato importa sobremaneira: um olhar, por certo relativo, mas de importância intensa ao objeto do trabalho, acerca da complexa cena do Medievo. Interessa demonstrar, no momento, desde outro campo de visão, as marcas de uma nova era de transição, agora operada pelos povos germânicos. Um outro equilíbrio se engendrou com influências, adaptações e convivência recíprocas de enorme importância para os procedimentos penais vindouros. As chamadas invasões bárbaras do século V⁵⁵ não apenas influenciaram marcadamente o direito do continente europeu na área antes dominada pelo Império Romano, chegando a Portugal e Espanha⁵⁶, como foram

⁵⁵ Os Germanos penetram na órbita do Império Romano a partir do século III; no século V, invadem o Império do Ocidente que desaparece; estabelecem-se aí reinos germânicos. O Império do Oriente ou Império Bizantino resiste, no entanto, a estas pressões; o direito romano sobrevive aí, enquanto direito bizantino. Nos territórios do antigo Império Romano do Ocidente formaram-se reinos de origem germânica como o reino dos Visigodos (na Espanha e no Sudoeste da Gália), o reino dos Burgúndios (no sudoeste da Gália), o reino dos Francos (no norte da Gália e no oeste da Germânia), o reino dos Ostrogodos, depois dos Lombardos (na Itália) etc. Uma amálgama se faz lentamente entre o direito romano ainda aplicado em algumas populações e o direito de origem germânica ao longo dos séculos V ao VIII. De se lembrar ainda a penetração muçulmana igualmente na península ibérica e na Gália que só vai conhecer seu lento recuo no século VIII mantendo-se até o século XV. Outros direitos germânicos mantêm-se fora da alçada da influência germânica, como os Anglos e os Saxões, bem como os povos escandinavos (Vikings = Normandos). Do século VI ao IX, apesar do exemplo do reino dos Francos que se estendeu progressivamente até se tornar Império sob Carlos Magno em 800, isso não impediu o desmembramento do território e o enfraquecimento do poder em favor dos senhores locais, fazendo com que o regime na Europa, ao menos do fim do século IX ao século XII, se tornasse feudal (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 127-128). Sobre a instalação dos Bárbaros nos séculos V-VII, em especial, a questão sobre a continuidade ou ruptura da Antiguidade e a entrada na Alta Idade Média (VI-XII), LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume I. 2ª ed.. Lisboa: Estampa, 1995, pp. 58-63.

⁵⁶ Os povos germânicos que invadiram a Hispânia, sob o domínio do Império Romano, como os Alanos, Vândalos e Suevos foram posteriormente derrotados pelo Godos, vindos da atual Suécia, que dominando toda a região, não apenas da Lusitânia, e espalhando-se pela península, foram denominados de *Visigodos*. Em especial, quanto à península ibérica, cabe destacar que a formação de um direito penal visigótico, segundo Nilo Batista, era marcada por um “sistema” penal voltado para a perseguição de servos e judeus que, mesmo com as características acusatórias do direito processual germânico, estava dotado de forte influência da Igreja Católica. Decisões conciliares passaram, já no século VI, a ter força de lei o que antecipou e muito a estruturação do complexo judicial-eclesiástico que só mais tarde encontraria similar em outras partes da Europa (BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, pp. 82-140).

lentamente enlaçados depois pelo direito processual romano extraordinário, de sorte que passaram a ser assimilados pela recepção do direito romano canônico, que introduziu a inquisição.

Mas antes cabe, como modo de preparo, questionar-se por qual razão e de que forma pensar o abismo da Idade Média. O porquê de pensar a Idade Média não deve simplesmente buscar seu sentido no levantamento de dados com fins de pura erudição. Imperativo recordar, nalguma medida, a título de anamnese, não como recusa do presente, a *infância da civilização*. Este sonho, como quer a metáfora de Eco, não se presta senão diante de espaços de constantes heterogeneidades: “*como todos os sonhos, também o da Idade Média ameaça ser ilógico, ser lugar de espantosas disformidades. Muitos no-lo têm dito e isso por si só bastaria para fazer com que não tratássemos de forma homogênea o que homogêneo não é.*”⁵⁷ Pensá-la em bloco, como a noite da humanidade radiante que quer acordar sobre o berço das felicidades modernas, é desprezar aquilo que atravessa toda a cultura ocidental por atacado.

Reconstruir de certa maneira algum percurso hábil a aproveitá-la – não como um resto obscuro e malfadado ao esquecimento deixado nos aposentos mofados das mansões do século das luzes – é chamar a atenção para aquilo que o professor italiano chama de *aproveitamento utilitarista* oposto ao modelo de *reconstrução filológica*. Este último diz respeito à propensão que temos na tradição ocidental para a herança clássica: a tudo remetermos para a antiguidade clássica reconstruída – que, uma vez redescoberta, contempla-se. Ao passo que pouco atentamos, por exemplo, ao fato de que limpamos a Acrópole, reforçamos o Coliseu, mas eles não se enchem novamente. Mesmo aos filósofos clássicos, isto igualmente se passa.⁵⁸ Quanto àquilo que ficou da Idade Média, aproveita-se, utiliza-se como contentor. O que se poderá dizer então da nação, das cidades, do ensino, do amor moderno ou do nascimento da família senão pensando desde ali:

⁵⁷ ECO, Umberto. “Dez modos de sonhar a Idade Média”. In: *Sobre os Espelhos e outros ensaios*. Tradução de Helena Domingos e João Furtado. Lisboa: Difel, 1989, p. 90.

⁵⁸ “*E se alguém objetar que vivemos ainda hoje de Aristóteles, de Platão, de Plotino, atenção ao erro de perspectiva. Quando eles são usados como se fossem contemporâneos, usam-se e aproveitam-se como herança medieval, porque tal é o Aristóteles dos neo-escolásticos. Mal um filósofo no-lo restitua tal como era e não como a Idade Média no-lo entregou, esse Aristóteles deixará de ser mestre da vida para passar hoje nos seus próprios termos.*” (ECO, Umberto. “Dez modos de sonhar a Idade Média”, p. 96).

*“a Idade Média representa o cadinho da Europa e da civilização moderna. A Idade Média inventa todas as coisas com as quais estamos ainda a debater-nos, os bancos e os câmbios, a organização do latifúndio, a estrutura da administração e da política administrativa, as lutas de classes e a miséria, as diatribes entre Estado e Igreja, a universidade, o terrorismo mítico, os processos indicisários, o hospital e o patriarcado, até a organização turística (...). O sonho da Idade Média exercita-se sempre sobre aquilo que pode e deve ser aproveitado, nunca sobre aquilo que se pode museificar.”*⁵⁹

O linguista italiano, nesta trajetória lancinante, sugere dez tipos⁶⁰ de abordagem para a Idade Média. Por certo, não haverá o sonho de *uma* Idade Média, senão tipologias de muitas delas sobre as quais se deve escolher com qual delas se sonha. É o mesmo sentido usado por Le Goff para dizer que *“a idade média pode prestar-se a toda e qualquer operação de recuperação. Creio na realidade que cada qual pode lá encontrar um mito que lhe vá de feição.”*⁶¹ Diante delas, ao extremo, duas importa-nos permanentemente. A primeira é trazida apenas sob o pretexto de alerta e de afastamento. É aquela visão que já indicamos e enxerga a Idade Média como *lugar bárbaro*, terra virgem de sentimentos elementares, época e paisagem fora de toda a lei. Espaço escuro, *dark ages* por excelência, em que se sobressai a força bruta triunfante: *“quanto mais peludo for o modelo, tanto maior será o arrebatamento.”* Longe deste olhar, aproximamo-nos e interessa como direção uma Idade Média de abordagem madura, como escreve Eco, de um *Muratori* e suas *Rerum Italicarum* e dos *Annales*, em que se reconstrói uma época desde as grandes crônicas e histórias, arquivos da inquisição e atos notariais. Quer-se aproximar do acontecimento, mas, sobretudo,

⁵⁹ ECO, Umberto. “Dez modos de sonhar a Idade Média”, pp. 95-96.

⁶⁰ Resumidamente, poder-se-ia dizer: 1) a Idade Média como *pretexto*, lugar mitológico onde se faz reviver personagens contemporâneas; 2) a Idade Média da *revisitação irônica*, para fazer ressaltar aquilo que já não somos, tal como a bondade dos cavaleiros medievais; 3) a Idade Média *romântica* que se deleita nas trevas dos castelos em ruínas sobre um fundo de tempestade riscada de relâmpagos e habitados por fantasmas; 4) a Idade Média da *philosophia perennis*, com aspectos de primor filológico e dogmatismos anti-históricos; 5) a Idade Média das *identidades nacionais*, do resgate vencedor de um comunal de luta contra o domínio estrangeiro; 6) a Idade Média *carducciana*, toda restauro em que ela é vista como antídoto da modernidade; 7) a Idade Média da *Tradição*, mística e sincretista, acrítica e antifilológica, que vive de alusões e ilusões, e que inscreve na sua história intemporal tudo o que não pode nem provar-se nem falsificar-se; 8) finalmente, a Idade Média da *espera do Milênio*, que nos acompanha como permanente aviso e ameaça, permanente apelo à possibilidade de um Holocausto, e diz-nos que estejamos atentos para sabermos identificar o Anticristo (ECO, Umberto. “Dez modos de sonhar a Idade Média”, pp. 96-100).

⁶¹ Efetivamente, pensa o medievalista francês que nos encontramos perante uma Idade Média ambígua: por um lado, quando não passe por manipulações vulgares e equívocos macroscópicos, clarifica o presente e talvez o futuro; por outro, pode se constituir numa rota de fuga para um belo refúgio (LE GOFF, Jacques. *Reflexões sobre a História*: entrevista de Francesco Maiello. Tradução de António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 111).

“reencontrar os comportamentos quotidianos das multidões sem história e as estruturas da vida material, (...) [empenhada] em compreender, à luz dos nossos problemas e das nossas curiosidades, o que terá sido uma época que não se pode reduzir a um clichê e se redescobre na sua pluralidade, no seu pluralismo e nas suas contradições”.⁶²

Não se trata, pois, de acreditar que se possa comparar a nossa época ao medievo simplesmente: ele só pode estar próximo de nós como passado, dirá Le Goff. Uma compreensão crítica diz muito do que queremos, capaz de aludir a história de um aproveitamento contínuo que a nossa civilização vai fazendo daquilo que se passou, quer dizer, “é na nossa relação com o passado que a Idade Média pode ser ou estar-nos presente”.⁶³ Pouco frutífero um retorno nostálgico e idealizante. Ouvir-se o eco desta época “interessante”, uma “época de rebaralhar de cartas” é uma prefiguração fundamentalmente otimista apta a entrever também novos modos de vida ali existentes.

1.2.1 Preambulares Germânicos

Sendo assim, quanto aos preambulares dos povos germânicos antigos (séculos VII e anteriores), é patente a grande dificuldade de recomposição de uma época em que as comunidades tinham suas capacidades centradas na tradição oral.⁶⁴ O que, todavia, não se pode perder de vista é que se estava às voltas com a questão da quebra da paz (*Friedensbruch*) no clã (*Sippe*) e a busca incessante para retomá-la. Todo o acontecimento que violasse a paz instaurava procedimentos coletivos de instrução.⁶⁵

Antes, um “sistema penal” dirigido contra um estranho, que se diga. O *estranho ban(d)ido*, um desconhecido externo que subverte, amedronta e impede que o ontem seja como anteontem.⁶⁶ Homens solitários de múltiplas origens, famintos e maltrapilhos que se embrenhavam sem destino nos invernos nórdicos. Poderia ser alguém excluído da comunidade por um ato de covardia em guerra, posto livre, mas não morto; ou um

⁶² ECO, Umberto. “Dez modos de sonhar a Idade Média”, pp. 98 e 99.

⁶³ LE GOFF, Jacques. *Reflexões sobre a História*, p. 105.

⁶⁴ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, p. 33.

⁶⁵ O direito das etnias germânicas era essencialmente consuetudinário. De fato, não havia um direito germânico, mas uma variedade de costumes, mais ou menos diferentes, vivendo cada povo segundo o seu próprio direito tradicional; a situação era semelhante a de qualquer outro povo dito arcaico (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, pp. 162-164).

⁶⁶ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, p. 36.

Friedlos (“homem sem paz”), este sim uma caça humana que a assembleia do *Bund* (reunião de várias *Sippen*, capaz de reunir as forças para a defesa e interesses comuns) suprime do convívio de todos por violação da *ewa* – conceito que aponta para a aplicação igualitária da lei e que, além disso, remetia a uma paz de caráter convencional, diferente daquele “devir” de formas naturais e totêmicas relativas à *fridr*; tratava-se de uma paz jurídica, pactuada, expressão de um objeto fundamental de um tratado não escrito entre as diversas *Sippen*. Ou ainda indivíduos de passado ignorado, de obscuros laços familiares, como o *wargus*, de que falaria a *Lex Salica* – segundo a crença se transmutavam em lobos – e os *berserkir*, transformados em ursos nas geleiras pelas sagas nórdicas. Em resumo, não eram propriamente homens, estavam excluídos da humanidade, fora do âmbito de proteção do *Bund* e banidos do igualitarismo da *ewa*.⁶⁷

O traço distintivo, assim, relativo ao procedimento penal é o *tipo acusatório privado*, destinado a buscar a razão de algum dos contentores por sinais exteriores, independentes de alguma verdade histórica, em que não se conhecia a separação entre infrações civis e penais. Sua virtude fundamental era preocupar-se muito mais com o futuro do que com o passado, interpretar o fato punível para perceber aquilo que nele havia de ofensivo à paz e com vistas a superar o estágio de perturbação e temor por ele gerado. Como dito, se em toda a infração era vista uma *quebra da paz*, perdendo o infrator a proteção jurídica da comunidade, isto implicava uma *perda da paz* que ficasse a mercê de seus pares. Situação que poderia inclusive ser radical e implicar que qualquer um pudesse persegui-lo e matá-lo. A regra geral, pois, era a reação desencadeada pelo ofendido ou por seu clã. Quando a ofensa proviesse de integrante(s) de *Sippe* diversa, a ruptura da paz conduzia a um estado de inimizade (*Fehde* ou *faida*) que seria afastado com a compensação real ou simbólica do grupo ofendido. Se a ofensa fosse a morte violenta de alguém, impunha-se a vingança de sangue (*Blutrache*).⁶⁸

Progressivamente, estas práticas abriram passo à instituição da *compensação* por um *contrato reparatório* (*Sühnevertag*). Acordada com o ofendido uma reparação econômica (*Buße*), evitava-se a vingança, ou seja, a expiação do crime, a recuperação

⁶⁷ Conheceu-se uma dezena de *leges barbarorum* no quadro geográfico do Império Carolíngio: *lex Salica*, *lex Ribuarica*, *lex Burgundionum*, *lex Alamanorum*, *lex Frisionum* etc. Estas leis, longe de ser verdadeiros códigos, eram registros de certas regras jurídicas, com origem no costume. Eram compilações incompletas, espécie de manuais oficiais para o uso dos agentes da autoridade e dos membros dos tribunais (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 172).

⁶⁸ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, pp. 33-34.

da proteção jurídica pelo ofensor e o preço da paz à comunidade (*Friedensgeld*) completavam-se com um pagamento. Tudo isto, obviamente, atinente aos crimes suscetíveis de expiação, não àqueles mais graves. O procedimento penal propriamente dito assumia neste contexto papel secundário, apenas entrando em cena quando não atingida a *composição*. Ali começava o verdadeiro processo judicial de *corte acusatório*.⁶⁹

Por certo, características pessoais restringiam o direito de acusar. Servos, libertos e infames, por exemplo, não seriam admitidos. Ainda assim, a principal característica era a persecução em mãos privadas (*Wo kein Kläger, da kein Richter* ou *nemo iudex sine actore*), atuante quando fracassada a composição ou por reclamo da família. A carga da prova não incumbia ao ator, mas ao réu, que deveria demonstrar sua inocência sob pena de ser condenado, o que, de ordinário, poderia ser feito pelo juramento.⁷⁰ O tribunal era uma assembleia popular (*Hundertschaft*) composta por pessoas capazes para a guerra (*Thing*) presidida por um juiz que dirigia os debates, num procedimento oral, público e contraditório, mas onde ele não sentenciava. Cheio de atos formais dotados de um sentido mítico, vale ressaltar que a prova não pretendia, como escreve Maier, demonstrar um fato com objetividade, estabelecer a verdade sobre a hipótese objeto do processo, nem sequer formar a convicção do tribunal sobre a responsabilidade ou inocência do acusado, apenas representava um meio de luta entre as partes (*Kampfmittel*), através do qual, por atos sacramentais, cada um deles dava maior força as suas afirmações sobre o direito que invocava. Daí entrava em jogo o *juramento* da parte (*Parteieid*) como principal meio de prova, acompanhado dos *conjuradores* (*Eidshelfer*), testemunhas que depunham pelo merecimento ao ato praticado atestando a reputação das partes.⁷¹

Longe foi o caminho, até a influência insuportável do processo romano, a conduzir o olhar testemunhal para a cena do crime ou a quaisquer fatos a ele correlatos. Neste ponto, importante verificar que a prática milenar do juramento, conhecida na Índia e na Grécia, incorporada pelos germânicos, trazia a convicção de que o perjúrio seria gravemente punido, tinha um caráter também de *juramento promissário*, em que se exercia uma função de garantia de compromisso solene com uma conduta futura. Opostamente ao juramento, tal como hoje normalmente o entendemos, de caráter

⁶⁹ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, pp. 264-266.

⁷⁰ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, pp. 51-55.

⁷¹ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 265.

meramente assertório/esclarecedor de um fato ocorrido. Ao contrário do que se poderia supor, o juramento não foi produto caucionário da testemunha, mas sim a testemunha é descendente laicizada do juramento assertório factual. O juramento como alicerce da credibilidade acusatória, que se examinará ao seu tempo, se enraizaria no Brasil do século XIX no Código de Processo Criminal de 1832, artigo 78: “*as queixas e denúncias devem ser (...) juradas pelo queixoso e denunciante*”.⁷²

A sentença partia de uma proposta do tribunal popular ao juiz diretor; antes de submetê-la à aprovação do grupo era possível impugná-la, com a reabertura de um novo procedimento probatório que normalmente culminava com o *duelo* (*Zweikampf*), valendo a vitória como triunfo do direito e significando que o litígio pelas palavras havia se esgotado. Também lançava-se mão dos duelos quando o acusador opunha o seu juramento crítico (*Eidesschelte*) ao juramento do acusado (*Reinigungseid*).⁷³ A partir do século VIII, no dito período franco⁷⁴, ainda que se mantivesse firme a ideia da *perda da paz* como efeito da infração, começa a se constatar, com a crescente organização monárquica, certa migração para o polo forte de transformação na ideia de *paz do rei* (*Königsfriede*). Se o tribunal permanecia popular, acentuava-se o predomínio real em sua direção e impulso, pois quem conduzia o procedimento agora era o rei, pessoalmente ou por intermédio de um conde do palácio. Mesmo com a persecução na mão ainda do ofendido, desenvolveu-se em alguns casos um procedimento especial de persecução oficial (*Rügeverfahren*), consistente na pergunta do Rei ou de seus delegados a homens de fé e juramentados sobre a prática do cometimento de infrações por outrem, sem excluir, mais adiante, outro procedimento em que a faculdade de perseguir pertencia também a funcionários reais.

⁷² BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, pp. 45-46.

⁷³ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, p. 266.

⁷⁴ O reino franco (*Regnum Francorum*), mais exatamente o reino dos reis francos, e não só do povo franco, desempenhou um papel crescente no Ocidente entre os séculos V e IX. Os reis merovíngios, sobretudo Clóvis (cerca de 481-511), submeteram a maior parte da Gália a sua autoridade; os Carolíngios, sobretudo Carlos Magno (imperador em 800), constituirão vasto Império. Ainda que de unidade relativa, conseguiu contribuir para a formação dum direito ocidental mais ou menos uniforme. Contudo, o Império Carolíngio tem existência efêmera, até o tratado de Verdun de 843, que o desmantela pela partilha entre os três filhos de Luís, o Debonário (*Francia occidentalis*, a Oeste, futuro reino de França; *Francia orientalis*, a leste do Reino e o *império de Lotário* entre os dois). Depois de sucessivas guerras, a *Francia orientalis* absorve grande parte do *império de Lotário* (a Lotaríngia e a Itália) para constituir o Império Germânico, o futuro Sacro Império Romano-Germânico. A autoridade do Imperador se mantém forte, posteriormente ainda sob os reinados de Frederico Barbarroxa (1152-1190) e de Frederico II (1211-1250). Em seguida, o Império se desfaz, dando espaço a uma multiplicidade de principados (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 166).

Ao lado do *juramento*, os *juízos de Deus* ou *ordálias* (*Gottesurteile*) mantinham-se cumpridores de um papel fundamental na prova, com seu fundamento na crença na divindade, que iria iluminar a verdade e resplandecer a justiça por um sinal físico observável. Pode-se imaginar sua forte importância. Se o processo criminal era (e de alguma maneira ainda permanece, sob novos significantes, como veremos adiante) uma (re)presentificação dos símbolos tutelares do grupo, melhor ainda seria se pudesse a entidade divina julgar diretamente. Introduzia-se uma *utopia imemorial* que libertava os homens do flagelo de julgar. Doravante, interessa não fazer julgamentos apressados que apelem ao etnocentrismo fácil que repila ao espírito rude de nossos antepassados tais práticas “pré-lógicas”.

Indagará Nilo Batista se “*poderíamos colocar a mão no fogo*” pelo desaparecimento do costume como o de interpretar acontecimentos como obra da graça ou, melhor ainda, ter por ultrapassado o nosso jurista católico que invoca diariamente a proteção de Deus em seus empreendimentos? Apenas um comportamento ingênuo suporia isto. O ideário da inquisição que se avizinhara de metamorfoses futuras múltiplas, potente para romper com estes juízos bárbaros, interrogaria em breve não diretamente a vontade de Deus, mas em nome Dele, a “verdade real”; não obstante, sem resguardar um mínimo de dúvida. O ponto de partida que se esconde por detrás das ordálias, incólume e ignorado, é a “*paleografia da dúvida judicial*”. Dúvida esta – nunca se perca, pouco afeita aos procedimentos “certos” da mentalidade inquisitiva – que passa pela incompetência do juízo humano, prossegue na polissemia das condutas desviantes e culmina na frequência dos fatos que se alijam da reconstrução probatória. Passado tão obscuro, preferível deixar assim, pois “*a verdade das lendas é frequentemente mais esclarecedora do que as lendas da verdade*”.⁷⁵

Em plena Alta Idade Média, o que se pôde constatar gradualmente foi o paulatino ganho de importância do poder político local frente ao reino, ajudado também na medida da divisão de poderes entre a Igreja e o poder político real central.⁷⁶ Suma, é

⁷⁵ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, p. 49.

⁷⁶ Em realidade, toda a Europa ocidental e central se feudaliza a partir do século X; o costume torna-se quase a única fonte de direito. A evolução do direito dos séculos V ao XII, segundo Gilissen, é assim dominada: pela sobrevivência, depois desaparecimento progressivo do direito romano; pelo progresso do direito dos povos germânicos, em contato com as populações romanizadas; pela atividade legislativa dos reis e imperadores, sobretudo a dos Carolíngios; enfim, pelo desmembramento do poder no quadro das instituições feudais. Necessário acrescentar ainda o direito canônico, cada vez mais considerável entre os séculos IV e XII. Para

por aí que a jurisdição eclesiástica ganha terreno considerável num futuro que guardaria o abandono do direito germânico de origem popular. Em linhas gerais, as principais características do processamento penal germânico poderiam, segundo Maier, ser sintetizadas da seguinte forma:

“I. Tribunal popular. II Persecución penal privada en manos del ofendido y su parentela. III. Publicidad y oralidad del juicio en el que se enfrentaban el acusador y su acusado. IV. Sistema de prueba tendiente a dirimir subjetivamente la contienda en tanto erigía un vencedor, ya porque presentaba mejor testimonios de su fama u honor personal, o porque vencía en el duelo o combate judicial, o porque pasaba con fortuna ciertas pruebas (‘ordalías’ o ‘juicios de Dios’), métodos mediante los cuales la divinidad mostraba, por signos físicos fácilmente observables, la justicia del caso.”⁷⁷

Sem as necessárias repetições, é Foucault que consegue com maestria registrar os pontos nodais destas formas jurídicas pelo direito feudal germânico alinhavadas. Mesmo com as mútuas penetrações havidas do século V ao X, entre o direito germânico antigo e o direito romano imperial, o direito feudal se consolida como essencialmente pregado naquele. Nele, como visto, imperava o sistema de prova – *épreuve* – em que o litígio se resolvia (quem tinha razão) por uma série de desafios em que se media a força do indivíduo: provas de importância social, provas do tipo verbal, provas mágico-religiosas, provas físicas (ordalías) etc. Foucault, assim, caracterizava-o por ser uma estrutura binária, em que se aceitava ou não a prova – havia simplesmente a vitória ou fracasso (ausência de sentença); sobretudo, ainda, por ser automática, não existia a necessidade de um terceiro além dos adversários, senão para garantir a regularidade do procedimento, em alguma de suas formas; em certo sentido, semelhante ao direito grego arcaico que examinamos. Sobretudo, o mecanismo da prova servia não para localizar, nomear quem disse a verdade, mas para estabelecer o mais forte que, ao mesmo tempo, será aquele que tem razão. Um operador que acaba permutando a força pelo direito.⁷⁸

Contudo, este sistema de práticas judiciárias dá lugar, com a mudança da sociedade feudal europeia ocidental, a uma condição de possibilidade de saber capital para os séculos seguintes: o *inquérito*. Antes é imperativo que se tenha presente que na sociedade feudal a circulação dos bens se dava principalmente pela rivalidade militar e

um minucioso exame do período, cf. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, pp. 165-181.

⁷⁷ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, pp. 268-269.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003, pp. 53-62.

contestação belicosa, em que a riqueza era o meio pelo qual se exercia tanto a violência quanto o direito. Por outro lado, havia também os litígios judiciais que eram uma outra forma de “circular” bens. Com os mais poderosos tentando controlar esta sistemática – destaque-se o maior deles, o monarca –, a consequente concentração das armas e do poder judiciário incipiente da época nas mãos dos mesmos personagens fica de fácil visualização. A verdadeira revolução, antecipe-se em certa medida, na concepção jurídica – e também política, econômica e social – da passagem, segundo Gilissen, de um sistema “irracional” para um sistema “racional” de direito é prontamente analisável desde a *evolução da prova*.⁷⁹

1.2.2 A Fixação das Engrenagens Inquisitoriais

Estamos já à altura de pontuar alguma fixação de certas engrenagens inquisitoriais. Enquanto se trata, pois, de pousar sobre a elaboração das *pulsões inquisitoriais*, ou seja, caracterizar alguma matriz que genialmente ainda se mostre presente nos tempos atuais, o estudo deve atentar para a identificação (de sinal trocado) de uma mesma lógica “*totalitária e por isso repressiva de toda e qualquer diferença*”.⁸⁰ É poder perceber um sistema que se reproduz de modo sacrificialista, que necessita, tal como uma máquina, do consumo de mais e mais energia vital, entenda-se, mais vítimas para se manter. E isto não faltará, pois a engrenagem é perfeita. O magistério é portador

⁷⁹ “(...) em lugar de provas «irracionalis» entre as quais se conta a intervenção de Deus ou de outros elementos sobrenaturais para dizer quem tem razão (ordálios, julgamentos de Deus, juramentos, etc.), procura-se estabelecer a verdade por meios «racionais» de prova (inquérito, testemunho, actos reduzidos a escrito, etc.) Duma maneira geral, o arbítrio dá lugar à justiça.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 205).

⁸⁰ BOFF, Leonardo. “Inquisição: Um espírito que continua a existir”. Prefácio de *O Manual dos Inquisidores*. EYMERICH, Nicolau. Comentários de Francisco Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 20. Aqui está a lógica do seu primado que se imiscui tão profundamente que pode perdurar até hoje, pois é em cada começo, como este, que se anuncia o seu porvir. É de Benazzi e de D’Amico, em seu esforço de compreender o fenômeno inquisitorial através da reconstituição de alguns dos seus processos mais célebres, como o de Dulcínio, de Joana d’Arc, do Frei Giordano Bruno, de Galileu e outros, que retiramos igualmente: “Em cada começo anuncia-se já um destino, define-se o tom e a estrutura do que se seguirá. Assim, o facto de a Inquisição ter surgido na luta contra o catarismo permite-nos perceber a lógica que irá conduzir, durante os cinco séculos seguintes, a história da própria inquisição. As perseguições de judeus, mouriscos, bruxas, livres-pensadores e místicos são diferentes quanto ao objeto, mas não quanto à motivação de fundo que alimenta e justifica a perseguição: a recusa da diferença e da diversidade (...)” (BENAZZI, Natale; D’AMICO, Matteo. *O Livro Negro da Inquisição: a reconstituição dos grandes processos*. Tradução Maria Amélia Pedrosa. Lisboa: Âncora, 2001, p. 12).

de uma verdade absoluta, defendida pelo inquisidor, que é o protetor (intolerante) do *dogma*. Não há lugar senão para o discurso totalitário e intolerante, do contrário, a verdade não é absoluta.⁸¹ Portanto, propõe-se algo que contribua na reconstrução genealógica de um modelo, pois é na Inquisição que estará alguma plataforma do ideal da

*“implantação de regimes totalitários, em diversos países do mundo, a tortura aplicada por numerosas nações, dissidentes políticos e sociais confinados em campos de concentração, o isolamento de milhares de criaturas humanas proibidas de conhecer a história de suas origens e de sua cultura, a miséria espiritual de homens condenados ao silêncio e à incomunicabilidade, o recrudescimento do racismo mascarado em novas ideologias, são realidades do mundo de hoje, e podemos buscar na Inquisição o seu mais perfeito modelo.”*⁸²

Não obstante, segundo Bethencourt⁸³, as inquisições são estudadas não como um problema, mas como tema consagrado de pesquisa, permitindo todos os recortes espaço-temporais e todas as apropriações discursivas. Como inquestionável cenário riquíssimo no tocante ao estudo da cultura, também é inegável o alargamento extraordinário da

⁸¹ BOFF, Leonardo. “Inquisição: Um espírito que continua a existir”, p. 11.

⁸² NOVINSKY, Anita. *A Inquisição*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 7. No mesmo sentido, NOVINSKY, Anita. *Inquisição - Rol dos Culpados: Fontes para a História do Brasil/séc. XVIII*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1992, p. XI. Neste volume de profundo estudo sobre a Diáspora judaica de origem portuguesa no Brasil encontram-se registrados os 1.819 nomes de brasileiros ou portugueses residentes no Brasil que, no século XVIII, foram presos e denunciados pelo crime de Judaísmo (“práticas judaizantes”). Uma revisão histórica necessária à Inquisição, para a autora, noutro local, necessariamente deve passar pela premissa, aqui corroborada, que faz coro a Hans Küng: “a Inquisição é mais que um objeto de estudos históricos. A Inquisição é a realidade na qual vivemos.” E a tendência em minimizar os rigores, métodos e efeitos da Santa Inquisição não raro acompanha um fenômeno sintomático do nosso tempo, época que apresenta ciclos de predilação para eliminar toda a controvérsia: a reabilitação da escravidão, do racismo e do nazi-fascismo. Cf. NOVINSKY, Anita. “A Inquisição: uma revisão histórica”. In: *Inquisição: ensaios sobre mentalidade, heresia e arte*. NOVINSKY, Anita; TUCCI CARNEIRO, M. Luiza (orgs.), p. 07. Ademais, especificamente, ainda sobre o caso brasileiro, sobre as 1.076 pessoas levadas do Brasil para os cárceres da inquisição em Portugal, ver NOVINSKY, Anita. *Inquisição: prisioneiros do Brasil/séculos XVI-XIX*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 2002.

⁸³ Como é possível que uma instituição, criada ao longo do século XIII, tenha podido se manter em pleno funcionamento, sob diversas configurações, até os séculos XVIII e XIX? Está é a questão central que impulsiona o estudo, em especial, das inquisições portuguesa (estabelecida entre 1536 e 1821), espanhola (de 1478 até 1834) e italiana. As duas primeiras marcadas pela completa independência de ação em relação à cúria romana (BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pp. 9-10).

informação disponível e das perspectivas de análise trazidas constantemente por numerosos trabalhos.⁸⁴

Para o momento, nossa preocupação é demonstrar a afirmação, no processo penal, de uma preferência, entre alguns saberes em luta que saiu vencedora, como um paradigma metodológico, surgido na Europa no século XII, e que abarcou todo o mundo e obscureceu o pensamento dialógico: a *inquisitio*. Foi o processo de acumulação do poder punitivo inquisitorial ou de investigação que ajudou a desenvolver o valor instrumental da verdade (o útil é o verdadeiro), tornando mais do que nunca nebulosa a separação entre verdade e poder. Daí ao rebaixamento do ser humano à categoria de objeto dominado não tardou nada. *Onde a 'inquisitio' prepondera, o perigo permanece oculto e é o perigo extremo, onde o ser humano assume a figura de senhor da terra e de todos os seres – inclusive os humanos que, desse modo, se tornam artefatos do 'dominus'*⁸⁵.

Veja-se que a visão policial-vigilantista do saber tem sua retomada atrelada à própria estatização da justiça penal na dita Idade Média. Nos XII e nos XIII vê-se uma espécie de segundo nascimento do *inquérito* com o reaparecimento do direito romano e a decadência do direito germânico (feudal). Consolida-se, assim, este processo com a formação das grandes monarquias medievais do XII, quando emerge uma justiça que vai impor-se do alto, em que todos os indivíduos deverão submeter-se a um poder exterior; aparece o procurador, representante do soberano, que vai dublar a vítima, com poder de apossar-se dos procedimentos judiciais; e, sobremaneira, a noção de ofensa de um homem a outro é substituída pela ideia de infração ao soberano, dano à própria lei do Estado que agora exige reparação. Abandona-se a *épreuve*, pois afinal o Rei/Procurador não poderá arriscar sua própria vida e bens em todas as provas a que for chamado. Daí a necessidade de (re)adoção do modelo do *inquérito*, que já havia existido no Império Carolíngio⁸⁶. Modelo este de gerenciamento para as questões tributárias que

⁸⁴ Novinsky afirma, acerca do enorme número de obras escritas sobre a Inquisição – em que pese a maior parte dos documentos pertencentes aos seus arquivos na Espanha e em Portugal continuar pouco conhecida – que Emil van der Vekene publicou em 1963 uma bibliografia sobre esta instituição que continha já na época 1950 títulos, dos quais 629 foram escritos no século XIX e 739 de 1900 até 1961. NOVINSKY, Anita. *A Inquisição*, p. 08.

⁸⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 505.

⁸⁶ A partir da tentativa de organização precisa do já referido mundo Carolíngio até, ao menos, a entrada em cena da Cristandade medieval no século X (LE GOFF, Jacques. *A Civilização do*

a igreja manteve para a gestão de seus próprios bens. É a chamada *visitatio*, que consistia no trabalho do bispo em percorrer a sua diocese instituindo: primeiro a inquirição geral – *inquisitio generalis* – perguntando a todos os que deviam saber sobre faltas, crimes e etc. que teriam acontecido na sua ausência; se necessário se passava à inquirição especial – *inquisitio specialis* – exatamente para apurar os ocorridos.⁸⁷

Evidentemente, coloca-se em destaque a tese de Foucault acerca da dupla origem do inquérito: uma origem administrativa, ligada ao surgimento do Estado, e a outra, religiosa, eclesiástica. A Igreja como único corpo coerente à época tem, então, seu modelo facilmente incorporado pela nascente figura estatal. O Modelo – espiritual e administrativo, religioso e político, maneira de gerir e de vigiar e controlar as almas – se encontra na Igreja: inquérito entendido como olhar tanto sobre os bens e as riquezas, quanto sobre os corações, os atos, as intenções etc. É esse modelo que vai ser retomado no procedimento judiciário. O procurador do Rei vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos faziam nas paróquias, dioceses e comunidades. Vai estabelecer por ‘inquisitio’, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem o cometeu.⁸⁸

Com isto, é oferecido ao olhar um procedimento impregnado de categorias religiosas que supostamente seria resultado do progresso de racionalidade, mas que em correto era uma maneira de exercício de poder e transmissão do saber. Identifica-se agora crime-pecado (lesão à lei e falta religiosa⁸⁹),⁹⁰ e mais ainda, estabelecida estava

Occidente Medieval. Volume I, pp. 65-85), interessante referir o que seria o renascimento carolíngio. Tido como um *take off* da Idade Média, mais precisamente um momento de arranque abortado e prematuramente interrompido, trata-se da primeira manifestação de um Renascimento mais profundo que se afirmou no século X ao XIV. Esse renascimento não foi inovador. O seu programa escolar, por exemplo, era o das escolas religiosas anteriores, o que representa este período um passo importante no processo de formação instrumental do ocidente medieval. São os manuscritos antigos, corrigidos e emendados, que puderam servir para a difusão dos textos da Antiguidade que permitirão a formação de uma nova camada de saber que foi posta, a seguir a Alta Idade Média, à disposição dos clérigos dos séculos futuros (LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume I, pp. 165-167).

⁸⁷ Assim, a *Inquisitio* ficará reservada à investigação do crime feita pelo próprio juiz em vista da notoriedade do crime ou de qualquer insinuação clamorosa (fama ou clamor público que se tornou dispensável mais tarde). Escreve Almeida Júnior que, além da *inquirição especial*, em vista do cometimento de algum crime, havia a *inquirição geral* para verificar os facínoras de uma província. Poderia se encontrar ainda a *inquirição mista* ou quando se encontrava um cadáver humano e se perquiria sobre o homicida ou quando se inquiria alguma pessoa para se verificar se cometeu algum crime (ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 78-79).

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, pp. 68-71.

⁸⁹ Por certo que as heresias tornaram-se perigosas para a Igreja e para a ordem feudal. Assim, os hereges foram perseguidos e repelidos para espaços de exclusão da sociedade que foram, por impulso da Igreja, no decurso dos séculos XII e XIII, ficando cada vez mais delimitados. Se a

uma forma geral de saber que fez aumentar o poder real da Idade Média até a época moderna (XVII e XVIII) enormemente.

Um dos conceitos principais no estudo da história das mentalidades, não obstante, relativo à inquisição, por certo, é o de *heresia*. Quando se falava em herege, estávamos diante de indivíduos que partilhavam de ideias contestadoras quanto à doutrina oficial do catolicismo. Críticos, pois, que punham em dúvida uma verdade absoluta. Se a palavra remete ao grego *hairesis* e ao latim *haeresis*, aos hereges se atribuía significado relativo à doutrina contrária àquilo que foi definido pela Igreja em matéria de fé. Ainda em grego, *hairesis* significa “o que escolhe”. No que diz respeito propriamente ao significado de heresia, assevera Novinsky⁹¹ que, no primeiro congresso internacional sobre heresiologia realizado em 1962 em Royaumont, na França, foi aceita a definição do teólogo medievalista Marie-Dominique Chenu, de que herege é “o que escolheu”. É, sobretudo, uma ruptura com o dominante, por isso a permanência, continuidade e plena atualidade do ideário.

Alguns pressupostos político-históricos, longe de qualquer esgotamento do complexo período da inquisição que perdurou ao menos desde o século XIII ao XVIII,

heresia foi definida como crime de “lesa-majestade”, atentando ao “bem público da Igreja” e à “boa ordem da sociedade cristã” – assim previa a *Summa* de 1188 de Huguccio, o mais importante decretista deste momento decisivo. Mas, junto aos hereges, toda uma classe de excluídos das mais variadas procedências de forma. A saber, párias, leprosos, judeus, feiticeiros, sodomitas, enfermos, estrangeiros, ou sem classe, todos os que não queriam se vergar à ordem estabelecida e nela se incluir sem o tratamento nada piedoso de uma nova sociedade cristã (LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume II. 2ª ed.. Lisboa: Estampa, 1995, pp. 75-85).

⁹⁰ A ordem de delação reproduzida pelo manual dos inquisidores, escrito em 1376, é ainda muito vaga: o delito de heresia não é objeto de uma caracterização específica (EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*. Comentários de Francisco Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, pp. 105 ss.). Bethencourt assevera, todavia, que num édito geral impresso e publicado em Bérghamo no final do século XV já há uma definição dos delitos em questão: heresia (sempre em geral); judaísmo; idolatria, adoração e sacrifício dedicados ao demônio; adivinhação, sortilégios e abusos dos sacramentos, proteção dos hereges; posse de livros de necromancia ou de invocação dos demônios; suporte e auxílio aos hereges; impedimento da ação inquisitorial. “*Encontramos aqui uma primeira formulação da hierarquia dos crimes: heresia, apostasia (representada pelo judaísmo, na tradição dos manuais da Inquisição medieval, nomeadamente o de Bernardo Gui), demonofilia e magia*” (BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições*, p. 163). Mas é no *Malleus Maleficarum* de 1487 que aparece claramente que a heresia não poderia ser tratada como crime puro e simples, de *status* privilegiado, “*mas de crime parcialmente eclesiástico e parcialmente civil*” (KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Tradução de Paulo Fróes. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991, p. 444).

⁹¹ NOVINSKY, Anita. *A Inquisição*, pp. 10-11.

ajudam a dar a caracterização necessária.⁹² Durante parte da Idade Média, poder-se-ia dizer, do século XI ao XIII, que entraram em conflito as escalas de poder local representadas pelos senhores feudais com o poder do monarca, novo local de atribuição da soberania, o que abriu espaço para a criação dos estados nacionais e aquilo que mais tarde poderia se chamar de monarquia absolutista. Aliada a isto, temos a Igreja Católica, com sua ideia de *universitas christiana*, deixando profundas marcas culturais especialmente na área jurídica, coadunando com esta nova configuração de poderes.⁹³ O direito feudal de tradição popular é obliterado pelo direito romano (imperial) canônico, que havia se conservado fundamentalmente nas Universidades e na Igreja, fenômeno que recebeu o nome de *recepção do direito romano-canônico*.⁹⁴ Esta complicada

⁹² TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*, pp. 126-162.

⁹³ Sob o conflito permanente de centralização do poder entre o Sacerdócio e o Império (“sociedade bicefálica”, LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume II, pp. 19-29), a organização do espaço medieval, do século XI ao XIII, é marcado pelo declínio político do feudalismo. As próprias cidades já conhecem, não só, os êxitos econômicos, artísticos etc., como também os militares (exemplos são da derrota infligida a Frederico Barbarroxa em Legnano, no norte da Itália, em 1176, e, em Courtrai, 1302, a derrocada, quando a fina flor da cavalaria francesa foi feita em pedaços). No entanto, é ao redor dos Estados que a Europa Moderna vai constituir-se. O comércio em grande escala impõe que o centro urbano vá deixando de possuir as dimensões para isto. Nos fins do XIII, as cidades já só se impõem no âmbito das confederações urbanas. Escreve Le Goff: “o tempo das ilhotas, dos pontos, das celulazinhas está a passar, como a passar está o tempo do feudalismo. Começa a impor-se outro tipo de organização do espaço: o dos Estados territoriais. (...) o progresso começa a reclamar a unificação de extensões consideráveis.” (LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume I, p. 140).

⁹⁴ O fenômeno do renascimento do direito romano e a formação dum direito erudito, comum à Europa, são influências exercidas pelo desenvolvimento de uma ciência do direito elaborada desde as universidades no século XII. Ensino do direito baseado no estudo do direito romano, desde as codificações da época de Justiniano (*Corpus iuris civilis*). Esta romanização foi maior na Itália, nos países ibéricos, na Alemanha e nas regiões belgo-holandesas que, noutros lados, como em parte da França, nos países escandinavos e eslavos e, sobretudo, na Inglaterra, que escapou graças ao desenvolvimento do seu *common law*. O que não afasta os elementos comuns ao direito romanista que aparecem em todo direito europeu. De toda forma, ressalta Gilissen, no período dos séculos XII e XIII, um dos mais importantes na formação dos direitos europeus, passa-se dum sistema de direito feudal, de um direito dito arcaico para um sistema com pretensão de ser evoluído, racional e equitativo. Para além da “evolução da prova”, que se pode assimilar de importância singular, vê-se o reforço do poder de certos reis e senhores que faz desaparecer a anarquia do regime feudal; a economia fechada deste regime é substituída por uma de troca, que se estende a toda Europa Ocidental e Central (por exemplo, relações comerciais da Itália com a Flandres, passando pelas feiras de Champagne) e um novo sistema jurídico é posto em formação pelas regras próprias das instituições novas nascidas do comércio e da indústria. “A preponderância da lei impõe-se sobretudo pela extensão do poder dos reis e dos grandes senhores; a noção de soberania, que se desenvolve nos séculos XIII e XIV, reconhece-lhes o poder de impor regras de direito ao seus súbditos (...)”. Acrescenta: “a história dos direitos europeus dos séculos XIII ao XVIII é um lento declínio do costume em benefício da lei como fonte de direito.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, pp. 204-205).

transformação ao longo do tempo da organização política acomodou perfeitamente os interesses de um forte poder central desde uma *universitas christiana*. Mas vejamos com um pouco mais de detalhes este processo que passa da expansão da jurisdição da Igreja, principalmente desde seu processo penal canônico, até a recepção deste direito canônico de origem romana na legislação laica.⁹⁵

Para que não se perca nos labirintos do obscurantismo medieval e se esqueça de suas técnicas sempre presentes, o aparelho inquisitório se incrementa, resumidamente, segundo Levack⁹⁶, ao menos sob quatro circunstâncias que propiciaram um giro no sistema. A primeira, a dita *revitalização dos textos romanos*, em especial do *corpus iuris civilis* pela Universidade de Bolonha, e a posterior inserção das glosas instigam novas formas procedimentais. A *confissão*, naturalmente como local privilegiado, autoriza a *tortura* para obtenção da verdade. Ambas anteriores combinadas teriam efeito reduzido se não canalizadas num *substrato institucional* tanto laico quanto eclesiástico. É a *simbiose crime e pecado*, por fim, que faz o processo difundir e ganhar força, mudança esta maximizada pela regionalização dos tribunais.

No derradeiro do século XII – século que os juristas ocidentais bem poderiam dizer tratar-se do século que não acabou⁹⁷, os juízos divinos quedaram desacreditados, o que só veio consolidar o *Concílio de Latrão IV*, em 1215, com a proibição dos aportes litúrgicos (ou seja, os sacerdotes darem crédito às ordálias e aos duelos).⁹⁸ Assim, tanto estas purgações vulgares, quanto as canônicas (juramento), enfim todo “*rituale místico-agonístico*”,⁹⁹ instrumentos que ignoravam os fatos e o direito¹⁰⁰, tornaram-se obsoletos. Era necessário um saber técnico, radicalmente oposto ao representado no cenário do *iudicium ferri candentis* ou da *iudicium aquae frigidae*, em que pouco interessava saber o que ocorreu; ou, ainda, o fato de o juramento de várias pessoas

⁹⁵ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, pp. 293-300.

⁹⁶ LEVACK, Brian. *A Caça às Bruxas*. Tradução de Ivo Korytowski. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 80.

⁹⁷ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, p. 190.

⁹⁸ A ordália, depois de séculos de desconfortável tolerância, foi proibida por um conjunto de atos que começa no século IX, com Estevão V, passa por Alexandre III, por Inocêncio III (o IV Concílio de Latrão produziu cânones proibitivos) e culmina com Gregório IX (BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, p. 235).

⁹⁹ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Settima edizione. Milano: Giuffrè, 2003, p. 19.

¹⁰⁰ CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981, pp. 459-478.

medir o crédito das partes. O rompimento da inércia da constância causal por alguma intervenção externa¹⁰¹ passou não mais a bendizer o resultado.

À mercê do prestígio e da organização da Igreja, aliados a sua tendência à Universalidade, agora está um contingente de práticas do processo acusatório germânico havido, naturalmente, por irracional – a que se dizer que, sob algum semblante, o era, pois terminava, invariavelmente, por ser uma forma de oprimir os mais fracos, a saber, quando começou-se a permitir a substituição das partes por representantes nos duelos. Assim, a Igreja também acabou por se tornar como um asilo a ser conservado pelo seu direito romano.¹⁰² De uma jurisdição privilegiada para julgar os clérigos terminou por estender sua ingerência sobre todos atos contra a fé (heresia) ampliando o julgamento para qualquer infrator numa competência mista ao poder real.

De forma mais precisamente organizada, a revolução inquisitorial encontrou ambiente fértil desde três eixos: o *mercado* e *vida urbana nascentes*, combinados com a *centralização monárquica*. Os burgos aos poucos vão sobrepondo-se aos feudos, gerando uma camada de sujeitos hábeis em gestão nos negócios, que não tardarão em compor os quadros do nascente estado administrativo. Na dita Alta Idade Média (VI-XII), como visto, a formação de pequenas comunidades, dispostas de forma autônoma frente aos reinos, reduziu o papel da justiça desmembrando o aparato judicial germânico. A burguesia, na nova configuração a partir do século XIII, ganha caráter de nobreza destacada nos governos em contraposição à decadência do clero e dos senhores feudais. Na França, nos anos mil e duzentos, já se dedicavam arduamente aos textos romanos, formando os “*chevaliers ès lois*”. Burocratas agora muito temíveis, com extremo espírito de corpo, desenvolvem um efeito único na história social. Exatamente é este tipo humano que requer a máquina inquisitorial nascente. Tendente a uma solução radical, a inquisição, fomentada na primeira metade do século XIII nasce, pois, ressalta Cordero, como uma resposta “defensiva” a esta nova ordem constituída advinda dos fenômenos da heresia e da delinquência (acompanhada da expansão econômica). Assim, satisfaz a exigência comum a dois mundos: o *eclesiástico*, afetado pelas heresias, e o *civil*, onde a expansão econômica trazia à cena a criminalidade.¹⁰³

¹⁰¹ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 18.

¹⁰² VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, p. 81.

¹⁰³ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986, pp. 43-44.

A vida material, acompanhada pela modificação das estruturas espaciais (e por que não temporais¹⁰⁴), trouxe consigo, entre os séculos X e XIII, os inegáveis progressos da economia monetária, não sem antes com suas repercussões sociais. Começava-se a provocar uma reviravolta no estatuto das classes devido ao aumento da massa de assalariados, o que, na maior parte dos casos, alargava o fosso entre as categorias sociais (classes rurais – senhores e camponeses – e principalmente quanto às classes urbanas – como luta do povo miúdo contra os burgueses ricos¹⁰⁵). “*Do povo médio e miúdo dos artífices e dos operários ia-se destacando uma camada superior.*”¹⁰⁶ Uma sociedade urbana, com o predomínio cristão, aos poucos, começa a se estabelecer frente ao estilo feudal.

A indisciplina e corrupção por parte do clero já davam as condições para, em 1215, como visto, Inocêncio III implementar o procedimento inquisitório, completado em linhas gerais depois por Bonifácio VIII, Clemente V e João XXII. No século XIII, indicava para reformar os costumes do clero, o seu Papa-legista, professor de Direito em Paris e Bolonha, antes de qualquer procedimento, a *inquisitio*. Os princípios do sistema inquisitório, retirados do quarto Concílio de Latrão, foram enunciados no Cânon *Qualiter*, inserido no Liv. V, tit. I, das *Decretales*. Juntamente com outro Cânon, o *Quoniam contra* (inserido no Liv. II, tit. XIX, *de probat.*), que estipulava a necessidade imprescindível do processo escrito, formavam as bases dos tribunais eclesiásticos da época. A *inquisitio*, conforme indicava o próprio pontífice mais tarde, consigna Almeida Júnior,¹⁰⁷ não teria a extensão e não produziria os abusos depois ocorridos se os Papas posteriores e os Reis, na luta contra os Mouros, Judeus e outros hereges, contivessem-se nos limites dos cânones por eles emitidos. Foi Bonifácio VIII, em 1298 (no Cânon *Statuta quædam*, do *Sext. Decret.*, L. V, tit. II, cap. 20), que estabeleceu o processo secreto e sumário e deu maior extensão ao processo eclesiástico, ainda que limitado aos crimes de heresia. A cargo de Clemente V, estendeu-o a alguns crimes comuns nos quais haveria um processo sumário, após tendo sido estendido o processo

¹⁰⁴ Sobre o imaginário do tempo na dialética entre História e Memória, cf. LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. IIº Volume – Memória. Lisboa: Edições 70, s.d., 119 ss.

¹⁰⁵ LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume II, pp. 57-64.

¹⁰⁶ LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume I, p. 308.

¹⁰⁷ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 80-81.

simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii a outros fatos e delitos por João XXII.¹⁰⁸

Foi Inocêncio III, que, modificando as formas do direito canônico no século XII, introduz o procedimento de ofício. Ao final, bastava um rumor público para iniciar um processo, pois, ainda que consagrando o princípio de que *Tribus modis procesit possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*,¹⁰⁹ na prática, foi a última maneira que terminou comumente dominando. Dirá Esmein: “*pour donner à sa procédure criminelle une force qu'elle n'avait jamais eue, l'Eglise devait y introduire largement la poursuite d'office. Ce besoin donna naissance à la procédure 'per inquisitionem'*.”¹¹⁰ Desde então o processo cambia de fisionomia: uma investigação cumprida por um inquisidor em segredo e por escrito, quando, abandonada a posição de

¹⁰⁸ Das coleções que reuniam os textos religiosos até o século XII, foi uma delas escrita por volta de 1140 por Graciano, monge professor de Teologia em Bolonha, na Itália, que viria a eclipsar todas as anteriores e formar um novo direito canônico. Completada no decurso dos três séculos seguintes por outras quatro compilações, ela foi reconhecida como código do direito canônico, o *Corpus iuris canonici*, em 1582, permanecendo em vigor até 1917, quando substituída pelo *Codex iuris canonici*. Em suma, esta codificação compunha-se de cinco partes: o Decreto de Graciano (cerca de 1140); as Decretais de Gregório IX (1234); o livro Sexto (1298); as Clementinae (1314) e as Extravagantes de João XXII (1324) e as Extravagantes Comuns (século XV). Foi *Gratianus* que redigiu a *Concordia discordantium canonum* a qual deu o nome em seguida de *Decretum*. Influenciado pelos escolásticos, aplicou a um grande número de textos (cerca de 3800) uma coordenação, comparação e classificação entre cânones discordantes, não apenas recolhendo-os, mas trazendo um breve comentário pessoal neles, os *dicta Gratiani*. Redigida na época em que os glosadores se entregavam ao estudo do direito romano, ainda que se tratasse de obra privada, foi base reconhecida de estudo do direito canônico nas universidades nascentes. O esforço iria se tornar insuficiente em breve pela profusão de concílios e legislações papais do fim do século XII e XIII. O Papa Gregório IX, tentando remediar a multiplicação de coleções pós-gracianas, assim, ordenou ao dominicano Raymond de Peñafort a compilação de cerca de 1500 outros textos ausentes da obra Graciana; foi chamada de *Decretales extra Decretum Gratiani vagantes* (1234). Mandada, sobretudo, às Universidades de Bolonha e Paris para servir *in judiciis et scholis* (para o julgamento dos processos e para o ensino). Iguais iniciativas de completar a obra de Graciano e de Peñafort foram tomadas sucessivamente, com importância muito maior que as duas anteriores. Bonifácio VIII enviou às universidades, em 1298, nova compilação chamada *Liber sextus*; Clemente V, Papa de Avinhão, acrescentou em 1314 a intitulada *Constitutiones Clementinae*; João XXII fez o mesmo em 1324 com o nome de *Extravagantes*; outras *Extravagantes communes* foram acrescentadas nos finais do século XV. Por imitação ao nome dado à codificação de Justiniano, começou-se no século XIII a se dar o nome de *Corpus iuris canonici* às coleções de Graciano e de Gregório IX. Ainda que, em 1500, Jean Chapuis, professor em Paris, tenha publicado uma versão do *Corpus* em cinco partes, contudo, a edição oficial só vai aparecer em 1582, após a sua submissão a uma comissão de canonistas e de cardeais ordenada pelo Papa (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, pp. 146-151 e BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, pp. 189-193).

¹⁰⁹ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, p. 232.

¹¹⁰ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France – et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*. Paris: L. Larose et Forcel, 1882, p. 74.

árbitro, ele assume aquela ativa de inquisidor, confundindo as atividades de juiz e acusador. Por sua parte, o acusado perde a condição de verdadeiro sujeito processual e se converte em objeto da dura perseguição. Abriu-se espaço, conforme a herança romana que examinamos, ao municiação na busca de uma verdade histórica, seja para redimir o pecado, seja, como politicamente mais importava, para afirmar a autoridade eclesiástica.

Melhor meio a ser aplicado seria a *tortura* – agora não mais exercida excepcionalmente como entre os germânicos, ou aplicável apenas aos indignos como na Grécia ou em Roma –, técnica científica apta a extorquir a confissão como fim do procedimento.¹¹¹

É na luta contra as doutrinas heréticas que se perfaz o material diante de uma ameaça político-religiosa nada negligenciável. Institucionalizada logo em 1184, por ato conjunto do Papa Lúcio III e, após, com o auxílio do Imperador Frederico Barbarroxa, montou-se um sistema de polícia confiada aos bispos para vigiar as paróquias suspeitas de *catarismo*.¹¹² Mas a base jurídica para a aplicação da pena de morte pelo poder secular é dada por Inocêncio III na bula *Vergentium in senium* de 1199, ao equiparar as heresias ao crime de lesa-majestade. A nova configuração vai assumindo paulatinamente contornos nítidos com a Constituição *Excomunicianus*, do Papa Gregório IX, editado em 1231, que confere base jurídica aos tribunais da inquisição.¹¹³

Primeiramente, com a anticlerical heresia cátara, no meridional da França e espalhada dos Pirineus à Lombardia, e a heterodoxia sacerdotal valdense, nos Alpes italianos, juntamente ao aumento do fluxo nos centros urbanos pela expansão comercial, a reforma judicial encontra solo fértil para brotar. A restauração eclesiástica, supressora da pulverização religiosa, é facilmente casada, então, com a crescente centralização

¹¹¹ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*, p. 85.

¹¹² LEA, H. C.. *The Inquisition of the Middle Ages: Its Organization and Operation*. New York: Harper Torchbooks, 1969, pp. 66-69.

¹¹³ “From the assembly of prelates who attended, in 1184, the meeting at Verona between Lucius III and Frederic Barbarossa, the pope issued a decretal at the instance of the emperor and with the assent of the bishops, which if strictly and emergetically obeyed might have established an episcopal instead of a papal Inquisition. In addition to the oath (...) prescribed to every ruler, to assist the Church in persecuting heresy, all archbishops and bishops were ordered, either personally or by their archdeacons or other fitting persons, once or twice a year to visit every parish where there was suspicion of heresy, and compel two or three men of good character, or the whole vicinage if necessary, to swear to reveal any reputed heretic, or any person holding secret conventicles, or in any way differing in mode of life from the faithful in general.” (LEA, H. C.. *The Inquisition of the Middle Ages*, p. 63).

administrativa dos nascentes estados nacionais, preocupados agora em eclipsar a autonomia local dos feudos.¹¹⁴

Aos fins de 1254, segundo Esmein, numa ordenação bilíngue (latina e francesa) já se via a instituição inquisitória posta. Passada à coroa a ordem de “*réformation des mœurs dan le Languedoc et le Languedoil*”, reforma dos usos na província ao sul da

¹¹⁴ É verdade que o monopólio da ideologia pela Igreja tinha sido gravemente ameaçado a partir das primeiras manifestações do despertar do Ocidente, por volta do ano mil. Algumas contestações à direção eclesiástica vieram à luz. Heresia limitada, dirá Le Goff. Fossem movimentos efêmeros que por algum tempo agitavam a região, como o do camponês Champagne Leutard, que pregava aos habitantes de Vertus e arredores um Evangelho pouco ortodoxo; os heréticos italianos do Monteforte, e até mesmo os de Milão, estreitamente ligados ao movimento urbano, que se agrupavam em Pataria; contra todos estes, muitas vezes apoiada pelo “braço secular” dos príncipes, a Igreja reagira fortemente. Em 1022, acenderam-se em Orléans as primeiras fogueiras para hereges. Movimento muito mais vasto e temido pelo clero se alastrou, inspirado nas heresias do Oriente, ligado aos Bogomilos dos Bálcãs, caminhou ao longo das estradas da Itália para França. Heterogêneas coligações de grupos sociais que, dentre eles, conheceu maior voga os cátaros. Maniqueístas, crentes no Deus do Bem e do Mal, como princípios igualmente poderosos, viam o mundo terrestre e a matéria como formas de criação do Deus mau, sendo a Igreja católica a representante deste mundo. Eram adeptos de uma recusa total à Igreja de Roma, guia e emblema, de alguma forma, de uma exploradora organização feudal. Suma, um anticatolicismo. Organizaram uma hierarquia paralela à Igreja, com bispos próprios, e um batismo com a imposição das mãos. Movimento que se espalhou rapidamente pela Itália do Norte, pela Provença e pelo Languedoc. Possuíam grande semelhança a outros movimentos heréticos do século XIII, como os *valdenses*, dito os espirituais, que se inspiravam numa preocupação com a pobreza. Foi Pierre Valdo que fundou em Lyon, por volta de 1170, os *Pobres de Lyon*. Criticavam a riqueza dos cléricos e renunciavam aos seus bens para viver na mendicância. Multiplicaram-se no Delfinado, na Provença, no Piemonte e na Lombardia. Importante, pois é caso único, entre todas as heresias medievais, que mantém Igreja até hoje. Há, principalmente, profunda identidade dos cátaros com um movimento mais difuso, entre a ortodoxia e a heresia, que se chamou *joaquimismo* (inspirado no monge Calabrês Gioacchino da Fiore, acreditavam numa terceira época do Amor e do Evangelho eterno, com a espera da data de 1260. Julgavam nesta ter chegado com a subida, em 1294, do Papa Celestino V, que compartilhava das ideias, tendo o pontífice abdicado pouco meses após e encerrado num convento, não sem as suspeitas de envolvimento de seu sucessor Bonifácio VIII). No fim do século XIII, a Igreja levava a melhor. Tendo falhado os meios pacíficos para conter o catarismo e as heresias próximas dele, recorreu à força. Primeiro a guerra, auxiliada antes pelos nobres do Norte da França e depois pelo próprio Rei (Tratado de Paris de 1229) – cruzada contra os países cátaros ou albigenses. Depois, uma nova instituição de repressão é criada: a inquisição. (LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume I, pp. 123-124 e LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume II, p. 306). É, acima de tudo, muito seguro que muitos movimentos heréticos continham um fermento revolucionário muito forte, segundo o professor francês. A saber, no próprio catarismo, quanto à ideologia. Foram adotadas, mais ou menos conscientemente, por categorias sociais descontentes com a sua própria sorte. Nele, ao menos na sua fase albigense, notou-se uma fase *nobiliária*, conduzida pela aristocracia, uma fase *burguesa*, em que mercadores e notáveis das cidades dominaram o movimento, abandonado pela nobreza depois da cruzada e do Tratado de Paris e, finalmente, ao acabar o século XIII, seguindo aspectos *democráticos*, artífices dos burgos, montanheses e pastores pirenaicos continuaram a luta quase sozinhos. Enfim, as palavras de ordem propriamente religiosas esvaziavam estes movimentos de todo seu conteúdo social. À época, “*as heresias foram as mais agudas formas da alienação ideológica*” (LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume II, p. 75).

França de Languedoc, depois da expedição contra os albigenses, no sudoeste da França, agora o alvo cátaro-valdense ficava explícito. O texto em latim, destinado às regiões sulistas, dizia pontualmente em seu artigo 21:

“Et quia in dictis seneschalliis secundum jura et terræ consuetudinem fit inquisitio in criminibus volumus et mandamus quod reo petenti acta inquisitionis tradantur ex integro». Ne pourrait-on pas en conclure que, comme institution normale, l'enquête criminelle avant de gagner le Nord se serait implantée dans le Midi, où l'inquisition contre les hérétiques avait d'abord fait son apparition.”¹¹⁵

Mesmo após esmagar, com uma guerra devastante (1208-1229), a esplêndida cultura cátara/albigense e a considerável autonomia política da região, é dali que viria a exemplar ânsia inquisitória a difundir um labor policialesco contra a heresia que teimava manter-se dos Pirineus aos Alpes. Resume brilhantemente Cordero como a metamorfose se implementa organicamente:

“Che gli accusatori siano superflui e al processo bastino dei sospetti, è massima risalente al IV Concilio Laterano, 1215¹¹⁶; ma gli organi risultano inadeguati all'enorme compito; i tribunali vescovili tendono al lassismo. Le strutture emergono lentamente: prima inquisiscono dei legati papali; poi vengono sulla scena i domenicani; apparizione precoce a Firenze, 20 giugno 1227¹¹⁷; quando Innocenzo IV emette la bolla «Ad extirpanda», 15 maggio 1252, l'apparato ha assunto figure definitive. (...) nel mondo laico stava avvenendo indipendentemente dalle repressioni occitane; l'esempio ecclesiastico, con quei canali cappillari, l'ha stimolata. Quando Alberto Gandino lavora al «Tractatus de maleficiis» («cum assiderem Perusii», nel cui archivio figura dagli ultimi mesi del 1286 al 27 marzo 1287), l'actus trium personarum appartiene al passato (...); devoto al sistema, l'autore tenta una difesa giuridica della

¹¹⁵ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, p. 81. Para um olhar sobre a lenta fundação da inquisição, ver LEA, H. C.. *The Inquisition of the Middle Ages*, pp. 55-120.

¹¹⁶ “Innocent III endeavoured, at the Lateran Council of 1215, to secure uniformity by a series of severe regulations defining the attitude of the Church to heretics, and the duties which the secular power owed to exterminate them under pain of forfeiture, and this became a recognized part of canon law” (LEA, H. C.. *The Inquisition of the Middle Ages*, p. 71).

¹¹⁷ “In 1226 an effort was made to check the rapid spread of Catharism in Florence by the arrest of the heretic Bishop Filippo Paternon (...). In 1227 a converted heretic complained of this backsliding to Gregory IX, and the pontiff, who had just ascended the papal throne, made haste to remedy the evil by issuing a commission, which may be regarded as the foundation of the papal Inquisition. Yet it was exceedingly unobtrusive, though the church of Florence was so directly under papal control. Bearing date June 20, 1227, it simply authorizes Giovanni di Saleno, prior of the Dominican house of Santa Maria Novella, with one of his frati and Canon Bernardo, to proceed judicially against Paternon and his followers and force them to abjuration. (...) Thus, while there was no scruple in invading the jurisdiction of the Bishop of Florence, there was no legislation other than the Lateran canons to guide the proceedings. (...) They succeeded in capturing Bishop Paternon and cast him in prison, but he was forcibly rescued by his friends and disappeared, leaving his episcopate to his successor, Torsello.” (LEA, H. C.. *The Inquisition of the Middle Ages*, p. 77)

nuova prassi (...), tirando in ballo quattro testi dal Digesto, uno dalle Novelle, due dal Codex (...).¹¹⁸

Fundamental perceber que a nova dinâmica demandava *automatismos repressivos*,¹¹⁹ pouco funcionais às então acusações privadas para garantir a ordem ao novo aparato estatal. Não conjugada às necessidades políticas, a súbita erosão da dialética acusação/defesa/decisão recobria-se de pleno sentido. Exumam-se textos romanos para que os métodos de instrução *iudicio synodalia* do Império Carolíngio pudessem ser retomados. Se não fosse pelo ambiente da aurora do experimentalismo científico da época, as próprias reminiscências das fontes romanas redescobertas (*testimones synodales*) já indicavam a entrada em jogo das “*inchiesti cappilari ex officio*”¹²⁰. Nada melhor que atribuir isto a especialistas, para tanto, da ascendente burguesia surge a tecnocracia adequada, tanto quanto, em seus termos, na Igreja, aparecem os dominicanos.¹²¹

As técnicas de instrução são desenvolvidas desde ali, com exceção da tortura presente no *Corpus Iuris Civilis*¹²². *Inquisitio* é a investigação itinerante realizada pelo

¹¹⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 46.

¹¹⁹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 45.

¹²⁰ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 19.

¹²¹ CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*, pp. 353-359.

¹²² No Império Romano do Oriente, Justiniano fez empreender por uma comissão de dez membros, nomeadamente, Triboniano e Teófilo, uma vasta compilação de fontes antigas do direito romano, harmonizando-as com o direito do seu tempo. Esta recolha que mais tarde se deu o nome de *Corpus Iuris Civilis* compreende quatro partes: o Código (*Codex Justiniani* – recolha das leis imperiais, visando a substituir o Código Teodesiano; ao primeiro, em 529, sucedeu um segundo em 534); o Digesto (*Digesta* ou *Pandectas* – extratos de livros escritos por jurisconsultos da época clássica, a maioria retirada das obras de Ulpiano e de Paulo, com força de lei dado em 426); as Instituições (*Institutiones Justiniani* – manual elementar destinado ao ensino do direito, elaborado por Doroteu e Teófilo, com força de lei dado em 533); e as Novelas (*novellae* ou *leis novas* – numerosas constituições promulgadas depois do *Codex*, apenas reunidas por particulares: o *Epítome* de Juliano, o *Authenticum* e uma recolha do tempo de Tibério II) (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 92). O descobrimento, considerado milagroso, do *Corpus* pelos medievais, enquanto compilação unitária, não é anterior ao século XI. Isto é capital, segundo Legendre, para compreender que a Europa ocidental estava bloqueada no feudalismo para receber as instituições do direito romano de outro modo senão em conformidade com uma cadeia bem peculiar. Foi nesta mesma época que os padres latinos designaram e organizaram sob este título o conjunto de textos compilados pelo Imperador Justiniano no século VI. Uma das partes mais importantes do material, o *Digesto* (ou *Pandectas*) – reunião de textos dos jurisconsultos clássicos datados da República Romana – estava obviamente em contradição às opiniões do Imperador. Assim, destaque-se especialmente então a conseqüente e profunda modificação destes materiais realizada pelo Imperador, teólogo e jurista, Justiniano. Inumeráveis manipulações, alterações radicais do pensamento dos juristas clássico, é que foram recapturadas e retransmitidas como mito – palavra sagrada –, aos europeus do século XI, pelo clérigo latino fascinado. (LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*:

bispo e *synodus* é a reunião dos fiéis acompanhados do pároco. Aquele escolhe “notáveis” que se comprometem a dar respostas verídicas acerca de supostos delitos que constituem a *synodalis causa*. Consolidada agora a ideia pelas estruturas eclesiásticas e paleo-estatais da assunção de ofensas coletivas que perturbam a ordem, o domínio das ações privadas perde sentido. É preciso castigá-las mesmo sem provocação privada. Necessária uma instrução que leve a uma decisão, automaticamente, por óbvio, desde um juiz ator. O *IV Concílio de Latrão* apenas vem escancarar as permissividades das intervenções *ex officio*. Afinal, assevera Cordero, nada mais fiel que as fontes bíblicas a clamar:

“quando gli arriva un «clamor» su Sodoma e Gomorra, Yahveh scende a vedere cosa stia capitando, indi manda due angeli a fare piazza pulita [Gênesis, 18.20 e 19-13]. Analoghe figure acustiche nella parabola del fattore infedele [Lucas, 16.2] (...). Se dunque (...) «ad aures superioris pervenerint» voci insistenti su qualche misfatto, «veritatem diligentius perscrut[et]»: superflue le accuse, ogniqualvolta «super excessibus suis quisquam fuerit infamatus, ita ut iam clamor ascendat, qui diutius sine scandalo dissimulari non possit», né «sine periculo tolerari»; in casi simili l'autorità proceda «absque dubitationis scrupulo, ad inquirendum et puniendum...non ex odii fomite sed caritatis affectu». Conclusione ecclesiasticamente ovvia: l'enorme posta (sono in gioco le anime) esclude una repressione penale affidata a scelte private.”¹²³

Dentro de uma lógica em que o animal humano nasce culpável, dotado do pecado original, e estando corrompido o mundo, elimina-se qualquer escrúpulo na investigação. Não existem, neste contexto, limites para um aparato investigador. Basta escavar algum ponto qualquer do ser humano, afinal dali aflorará o mal: “è una bestia da confessione l'inquisito e va sfruttato a fondo”.¹²⁴ Que se decida, pois, sobre qualquer delito ou heresia, forte a busca pela verdade, supérflua a acusação, e se ao final punido, que seja por amor e não por ódio. Na Itália, Alberto Gandino, referido *magnus practicus* e compilador da sabedoria penal do século XIII, quando escreve, em Perugia, o

Ensayo sobre el orden dogmático. Barcelona: Anagrama, 1979, pp. 292-293). Para que fique esclarecido, aquilo que foi chamado, já ao fim da Idade Média, tardiamente no século XVI (1582), de *Corpus Iuris Canonici* (BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, pp. 189-195), comprova profundamente Legendre na sua tese (e remanesce em suas obras futuras), teve peremptoriamente suas fontes no Direito Romano (LEGENDRE, Pierre. *La Pénétration du Droit Romain dans le Droit Canonique Classique*. Paris: Jouve, 1964).

¹²³ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 22.

¹²⁴ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 25.

Tractatus de maleficiis (1286-1287), apenas vem atestar que a perseguição desenfreada já havia ganhado forma.¹²⁵

Não há de se esquecer que estamos num século de alto nível cultural. Desde os contatos com o oriente até a retomada aos clássicos gregos, vê-se um gradual afastamento das fórmulas mágicas de um procedimento-espetáculo, tal como aqueles do direito germânico, quando um gesto acabava com a contenda.¹²⁶ Apropriada, sim, uma nova máquina instrutória, com método cientificamente regulado, adequado à cultura dominante. É necessário que o novo impulso largue o magistrado, até então, impassível na contenda, na posição de órgão militante. Esta máquina permite inspirar estados de onipotência. Nasce a mística da sua “cruzada cotidiana” contra o delito/pecado. Trata-se de tarefa própria que o mundo não termine devorado pelo diabo; do contrário, neutro, inerte, seus escrúpulos terminariam em covardia e seria tornado cúmplice do inferno.¹²⁷

Para tanto, a função deve se desenrolar introspectivamente, pois tudo que possa ser analisado é de importância. Culpado ou não, o acusado é detentor de uma verdade histórica a qual, por esta semiótica, basta extirpá-la. O réu é obrigado a descobrir-se, sob juramento. Demanda-se uma profusão inédita de palavras, materiais manifestos, de conteúdo psicológico a serem trabalhados – *reus tenetur se detegere*. A “*bulimìa istruttoria*” é que alimenta o aparato interessado em “*stimolo ai flussi verbali*”¹²⁸.

O veículo mais eficaz quando se trata de arrancar a verdade a qualquer preço, por naturalmente perverso, é a *tortura*.¹²⁹ Como frisado, presente no *Corpus Iuris Civilis* e enterrada pelos modelos germânicos de *épreuve*, os penalistas não teriam porque não importá-la novamente. Discurso este acaba por ser metodicamente

¹²⁵ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 23.

¹²⁶ Sobre a literatura penalista do período inquisitivo, veja-se CORDERO, Franco. *Criminalia – Nascita dei sistemi penali*. Roma-Bari: Laterza, 1986, pp. 459-512.

¹²⁷ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 23.

¹²⁸ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 24.

¹²⁹ Sobre a longa relação entre tortura e direito, Langbein escreve que o desenvolvimento do *law of proof* no medievo significou salvaguardar o nascente sistema judicial contra o erro e corrupção a todo custo, o que acabou por tornar os nascentes sistemas judiciais dependentes da extração sob tortura da confissão. Ademais, como ressalvado, a experiência inglesa não tomou para si esta experiência como parte ordinária do procedimento criminal (as experiências no período Tudor-Stuart mais eram retrato de uma engenharia de Estado do que uma prática legal) exatamente pelo *jury system* desenvolvido. Escreve o autor, desde Frederic W. Maitland: “*torture ‘came to the relief of a law of evidence which made conviction well-nigh impossible...’*. In England, by contrast, ‘neither the stringent rules of legal proof nor cruel and stupid subterfuge [of torture] became endemic...’” (LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. Chicago/Londres: University of Chicago Press, 2006, p. x).

instrumentalizado de forma eficaz por dois escritos¹³⁰ principais já referidos: o *Malleus Maleficarum* ou Martelo das Feiticeiras¹³¹, de 1487, e o *Directorium Inquisitorum* ou Manual dos Inquisidores¹³², de 1376, (re)elaborado em 1578.¹³³ O *Malleus*, segundo

¹³⁰ Nos dois manuais que instrumentalizaram a inquisição, disponibilizando o arsenal técnico para tanto, a admissão do defensor tem momento privilegiado (e atrasado). No *Manual dos Inquisidores*, “o fato de dar o direito de defesa ao réu (...) é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença.” Quando concedido, pois nem sempre é necessário – a suspeita basta para a condenação –, o suspeito já foi interrogado. E caso tenha confessado, torna-se supérfluo, pois não vale à pena oferecer-lhe um para atuar contra a testemunha que tem peso menor. Após a confissão, o advogado “honesto, com experiência em Direito Civil e Canônico (...) e bastante fervoroso” abandonava a causa (EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*, pp. 137-142). A sorte das bruxas, segundo o *Martelo das Feiticeiras*, não seria maior que a do herege. Recorda os dominicanos Kramer e Sprenger aos advogados que “se indevidamente defende uma pessoa já suspeita de heresia, torna-se ele próprio um defensor daquela heresia, e lança sobre si mesmo (...) uma grave suspeita”. Aconselha-os, já que os réus nem eles podem saber o nome das testemunhas, a terem o máximo de paciência e induzir a feiticeira a uma confissão aparentemente escusante (KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*, pp. 419-421). Quanto à tortura, convite insólito seria entrar na câmara de tortura na companhia de Eymerich. Se o suspeito não confessou nem contra ele se produziu *prova plena* (ver-se-á isso mais adiante), ou ainda se “vacila nas respostas”, será encaminhado à tortura. (Cf. BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, pp. 265-267.)

¹³¹ KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

¹³² EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*. Comentários de Francisco Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. Sua importância é tão grande que, depois da Bíblia (o livro dos Salmos é de 1457), foi um dos primeiros textos a serem impressos em 1503 em Barcelona (BOFF, Leonardo. “Inquisição: Um espírito que continua a existir”, p. 14).

¹³³ O modo de pensar inquisitorial, de alguma forma fora organicamente posto nestes dois escritos principais: o *Malleus Maleficarum* ou *Martelo das Feiticeiras*, de 1487, fruto da perseguição empreendida, no norte da Europa sob às ordens do Papa Inocêncio VIII, pelos dominicanos Heinrich Kramer e James Sprenger (de ressaltar sua força que mesmo tendo sido posto ainda antes da virada do século XV no *Index Librorum Prohibitorum*, instrumentalizou a perseguição de bruxas e feiticeiras na tardia Idade Média); e o *Directorium Inquisitorum* ou *Manual dos Inquisidores* de Nicolau Eymerich (nomeado inquisidor-geral de Aragão em 1357), de 1376 (re)elaborado em 1578. Contra o *Malleus*, pela primeira vez de forma organizadamente crítica, foi que se insurgiu a *Cautio Criminalis*, de 1631-2, do jesuíta Friedrich Spee von Lengelfeld, antecipando claramente, em muitos aspectos, como visto, ensinamentos de Thomasius, Beccaria, Marat, Foucault, dentre outros – porque não dizer, para Zaffaroni, de grande parte do discurso garantista dos séculos seguintes. A *Cautio Criminalis* também se dirigia a outras obras. Os principais alvos de Langenfeld eram, além do *Malleus*, o *Disquisitionum Magicarum Libri Six* – “Seis Livros de Investigação Sobre Mágicas” – de Martin Delrio e o *Tractatus de Confessionibus Maleficorum et Sagarum...An, et Quanta Fides Iis Adhibenda Sit* – “Tratado Sobre Confissões de Feiticeiras e Bruxas...se e quanto podem ser confiadas” – do bispo Peter Binsfeld (HELLYER, Marcus. “Translator’s Introduction”. In: LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis, or, a Book on Witch Trials*. Virginia: University of Virginia Press, 2003, p. xx). Claramente, ao largo de toda a obra, para além da crítica minuciosa dividida em 51 capítulos (*dubia*) e um apêndice, a característica mais crítica da obra encontrava-se no deslocamento – operado apenas na metade século XX com as escolas da *reação social* em sede criminológica – que invertia o centro de atenção desde a etiologia do delito para o *exame do exercício do poder punitivo*, quer dizer, deslocava seu discurso da

Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia, com uma incrível sofisticação racionalizante, foi o primeiro complexo interdisciplinar de uma ciência total do direito penal – três teorias perfeitamente integradas: a criminológica, a penal e a processual penal.¹³⁴ Nada

atenção às bruxas para a *ação dos inquisidores* – enfim, do delito para o estudo do *sistema penal*. Por outro lado, como resultado da crítica ainda, seus reclamos por legalidade, penal e processual, faziam-se sentir fortemente. O respeito ao direito de defesa – recordemos a sua redução de acordo com a gravidade do delito (quando não sua mera negação peremptória) – e arbitrariedade judicial não passaram sem a reivindicação ao princípio da *presunção de inocência*, de capital importância em discursos inquisitoriais, mormente num sistema probatório, como vimos, que valiam os indícios, estigmas, e a mera reputação, deixando a pessoa à mercê da difamação e a calúnia dos demais (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004, pp. 25-41). Suma, as reiteraões ao poder de eliminar os ditos malvados (segundo Langenfeld, “*many things that cannot be conveniently changed must be allowed. It is better to let thirty or more guilty men go than to punish one innocent. (...) Thus one should rage against evildoers and swing the sword so that it does not also fall upon the necks of the innocent.*” (LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis, or, a Book on Witch Trials*, p. 46), afirmando a núcleo garantista por tantos difundido mais tarde, não poderia se dar ao preço da condenação de inocentes.

¹³⁴ Sobre o aspecto processual penal, ademais do acima referido, a riqueza do repositório crítico mantém-se inédito. Importante, neste ponto, ressaltar antes que, desde o momento em que a ordem social e política foram divinamente sancionadas, os julgamentos dos hereges começaram a contar com o apoio do príncipe, vez que tais atos eram considerado traição contra Deus e, por óbvio, atentavam o seu representante na terra: o príncipe. O herege era tomado como um verdadeiro traidor e inimigo da humanidade inteira. Em especial na Alemanha, local da crítica de Spee, no século XVI, cabe frisar, ao contrário do que falsamente se supõe, os julgamentos não eram conduzidos diretamente pela Igreja ou pelo seu braço da Inquisição, mas sim por juízes seculares e comissários, mesmo em territórios sob o jugo de príncipes católicos (HELLYER, Marcus. “Translator’s Introduction”, pp. xviii-xix). Isto é que fez, de alguma forma, impulsionar a crítica de Spee (dirigida aos príncipes), na luta contra a consideração da bruxaria como um delito de exceção. Opunha-se, pois, desta maneira, ao estado que o trato das hereges, na maioria dos casos, ficava, quer dizer, alheio à regulamentação da então *Constitutio Criminalis Carolina*, de Carlos V de 1532 (MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, p. 304). Há que se considerar, ao nosso interesse, doutro ponto, o local privilegiado que as normas processuais tomavam na crítica de Spee. Hellyer dirá: “*the approach that had worked so successfully in Bavaria offered Spee a good model. The key to saving innocent victims lay in reforming and regulating procedure. Spee was convinced that if trials were conducted carefully then innocent people would be spared.*” (HELLYER, Marcus. “Translator’s Introduction”, p. xxiii). Mais que saliente a profunda importância sobre aquilo que há de central, quer sob a ótica de uma máxima garantista, quer seja sob aquilo que se poderia chamar de “o preço a ser pago” pela opção por um regime substancialmente democrático: o *estado de inocência*. Mesmo que trabalhe dentro da aceitação da existência das práticas heréticas, dado o momento histórico e o latente perigo de condenação, o faz radicalmente na tentativa de reduzir as arbitrariedades a partir da reforma do procedimento. Ao longo da obra, para além da referida *evidência garantista*, quanto ao menoscabo da perseguição dos culpados ao preço de inocentes (LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis, or, a Book on Witch Trials*, p. 46), pregava o jesuíta que, diante de duas opiniões prováveis, é o benefício da dúvida que devia aflorar, pois devia-se escolher diligentemente a mais segura opção, ou seja, a que menos risco traga, “*when there is any danger of harm or injustice happening to one’s neighbor.*” (LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis, or, a Book on Witch Trials*, p. 27). A ampla defesa, como hoje pensamos, poderia ocasionar, na sua ausência, inclusive a nulidade do julgamento (LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis, or, a Book on Witch*

estranho não se examinar rotineiramente a fundo tal texto no contexto acadêmico, na medida em que é fundador do moderno saber jurídico-penal e *não se pode mostrar, como obra fundacional, um trabalho que postula e legitima as crueldades e as racionaliza com argumentos baseados em disparates finissimamente veiculados*¹³⁵.

Culpável ou não, como frisa Cordero, o imputado é detentor de uma verdade histórica. Tendo cometido ou não o delito, o acontecido é um dado indelével de relativa memória, *“basta che l’inquisitore gli entri nella testa”*. Prática de *“psicospòia”*, ausente um autêntico conflito, inútil contraditório ou defesa, pois *“i terapeuti lavorano nel suo interesse”*. Se tudo não se passasse espontaneamente, era preciso estimular. De um eclipse de ao menos sete séculos ocorrido, graças aos métodos dos invasores, renasce agora uma útil necessidade para o sistema: *“inquisitio veritatis per tormenta”*, exumada da original sapiência romana de Ulpiano – *“«questionem’ intelligere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem»”*, até a metade do século XIII, a prática já estará difundida e consolidada em quase todas as ordens comunais. A primeira aparição estatutária foi, em 1228, na *“Liber iuris civilis Veronae”*; nas *“Constitutiones regni Siciliae”*, em 1231, Frederico II¹³⁶ já havia

Trials, p. 67) já que *“in accordance with natural law no one may be denied a fair and unprejudiced defense and the best that can be had”*. Inclusive, por se tratar de um crime excepcional, como dito, mais ainda se justificava redobrar a cautela com as garantias de defesa do acusado: *“therefore we allege in vain that there is an exception here, when according to natural law and the dictates of right reason there is no exception.”* (LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis, or, a Book on Witch Trials*, p. 60). Por isso sua preocupação em questões como: *“8. How cautiously princes should conduct trials in this crime”*; *“10. Whether it is credible that God would ever permit innocent people also to become entangled in these trials”*; *“11. Whether it is credible that he has actually permitted innocent people to become entangled as well”*; *“12. Whether inquisitions against witches should cease if it is established that many innocent people have actually been entangled in them.”*; *“16. How can care be taken in witch trials so that innocent people are not put in danger”*. Fundamentalmente, talvez algo de essencial possa ser resumido na questão 18, *“What corollaries should one gather from the preceding discussion?”*, ao estabelecer os 20 corolários de direitos aos sujeitos presos, verificando o quão atual o discurso permanece frente às reiteradas e retrógradas práticas inquisitoriais, prevendo, dentre outras práticas, a presunção de inocência, o direito a um defensor e a oportunidade de se exercer uma efetiva defesa, sem dispensar a oportunidade de apelar das decisões (LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis, or, a Book on Witch Trials*, pp. 63-68).

¹³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*, p. 511.

¹³⁶ O caráter muito mais primitivo das Constituições de Frederico II sobre os processos contra os crimes de lesa majestade podem bem ajudar a confirmar a especialidade, talvez, a completa dissimetria e, portanto, a peculiaridade ímpar do período inquisitorial com relação a qualquer outro. Teor de ineditismo que impede querer compará-lo e remeter seus antecedentes às prisas eras, sejam elas do Império Romano ou mesmo aquelas dos sacerdotes egípcios. As suas formas muito mais terríveis em comparação à inquisição da *cognitio extra ordinem* da Roma

substituído as ordálias.¹³⁷ Mas, como sabido, o auge vem com o papa Inocêncio IV, direcionando-se às comunidades do sul da Itália, e a Bula “*Ad extirpanda*”; em 1252, o arsenal judiciário estava posto.¹³⁸

O teorema fundante sobre o qual se esvai toda a profusão pulsante do pensamento inquisitorial, sobre o qual ainda acertamos contas, já foi tornado clássico, ao menos para os mais preocupados, sem que por isso se perca a necessidade de rememorar-lo:

“La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l’esito dove vuole. Nelle cause milanesi de peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient’affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l’inquisito risponde docilmente; l’inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi ha proiettato. Ma vengono anche in ballo delle controproiezioni: se l’esito dipende dalle sue parole, il confessante non è poi tanto inerme; giocandole bene, esce indenne o almeno lucra sconti; quando superi l’antagonista in acume (come Stefano Baruello a Milano), gli detta lui le mosse. All’economia verbale tipica del formalismo agonistico accusatorio l’inquisizione oppone parole a diluvio: inevitabile

imperial é corroborada por Francesco Mario Pagano. Apesar desta ter objetivado suprir a falta de acusador, encarcerando o cidadão com o simples informe inquisitivo, não alterou a ordem dos juízos de forma substancial. Já, doutra parte, “*L’inquisizione da Federigo introdotta tra noi tenne luogo dell’accusatorio processo, e con quella foltanto alla condanna si procedè. Anzi che talora nemmeno concedevasi al reo la facoltà di fedendersi, non accordandoglisi la copia del inquisitorio processo. Nella terribile costituzione ‘Hic qui per inquisitiones’ si ordina, che a’ rei di cattiva fama non diasi copia dell’informo, ma soltanto de’ nomi de’ testimoni. Ecco introdotto già il fatale arcano, il midiciale mistero, che alla pubblicità degli antichi giudizi furrogo la taciturna insidios a secretezza.*” (PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787, p. 67). Também, da mesma forma, Carrara evidenciou esta diferença entre os aspectos inquisitivos do procedimento romano da época imperial e a inquisição medieval ao ponto de identificá-la com a antecipação do atual processo misto, que veremos, do que verdadeiramente com um processo inquisitivo: “*la forma ‘mista’, della quale sia ha qualche traccia nella transizione romana dalla repubblica all’impero, è la più addata a quelle nazioni ove il popolo gode di una moderata liberta politica.*” (CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Dettato dal Professore Francesco Carrara. Lucca: Tip. Canovetti, 1863, p. 386).

¹³⁷ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 48-49.

¹³⁸ “*May 15, 1252, Innocent IV, issued to all the potentates and rulers of Italy his famous bull, ‘Ad extirpanda’, a carefully considered and elaborate law which should establish machinery for systematic persecution as an integral part of the social edifice in every city and every state, though the uncertain way in which bishop, inquisitor, and friar are alternately referred to in it shows how indefinite were still their respective relations and duties in the matter.*” (LEA, H. C.. *The Inquisition of the Middle Ages*, p. 88).

*qualche effetto ipnotico-vertiginoso-alucinatorio; fatti, tempi, nessi, svaniscono nel caleidoscopio parlato; nessun processo finirebbe mai se chi lo ordisce a un dato punto non tagliasse il filo; e lo fa quando voglia, perché ha mano libera.*¹³⁹

O essencial está no inaudito trabalho secreto sobre a confissão, que pode inclusive (por que não?) ser desprezada. Por isso a permanente atualidade do genial mecanismo, mesmo que reapareça pouco afeito, ao menos na mesma toada, às torturas e confissões do medievo: concebida uma hipótese, constroem-se, através de tramas imbricadas, edifícios indutivos ao seu redor. É a falta de contraditório, frise-se com Cordero,¹⁴⁰ que abre o pórtico para o *pensamento paranoico*. Seletivamente manipulam-se os quadros para que sejam convalidadas as premissas. Qualquer conclusão é possível, se não fosse ela dada de antemão. Esvai-se qualquer parcimônia autocrítica frente à onipotência narcisista.

O trabalho sem limites, por outro lado, pede, como visto, uma análise introspectiva, desconsiderando quaisquer formas ou vínculos. O quadro tático de “*amorfismo giuridico*” é insinuantemente variável, joga-se na penumbra, não obstante com as mãos livres sob regras flexíveis. Tudo para esvaziar qualquer tensão dialética, com regras certamente rígidas, contudo com uma dinâmica amorfa. É a própria fisiologia da arquitetura inquisitiva que dispensa a imputação das práticas a meros indivíduos perversos. Muito pelo contrário: não estamos às voltas com uma aberração

¹³⁹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 51.

¹⁴⁰ “*Ne elabora finché vuole l’inquisitore, lavorando in segreto su animali confessanti: concepita un’ipotesi, vi edifica cabale induttive; l’assenza del contraddittorio apre un vuoto logico aperto al pensiero paranoide; trame lambiccate eclissano i fatti. Padrone del gioco, li dispone sulla scacchiera come gli conviene: l’inquisizione è un mondo verbale simile all’onorico; tempi, luoghi, cose, persone, eventi, fluttuano in quadri manipolabili. I verbali del processo milanese agli untori illustrano questa logica fluida. Gioco pericoloso: l’elucubrante compone a mano libera, selettivamente attento o sordo ai dati, secondo che convalidino o no l’ipotesi; ed essendo le parole una materia plastica (gli inquisiti ne emettono a fiumi), ogni conclusione risulta possibile; l’estro poetico sviluppa un sentimento narcisistico d’onnipotenza nel quale svanisce ogni cautela autocritica*” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 25; profundamente em CORDERO, Franco. *La Fabbrica della Peste*. Roma/Bari: Laterza, 1984). Sobre o caso dos supostos propagadores da peste em Milão em 1630, por certo, além dos autos originais publicados, PROCESSO ORIGINALE DEGLI UNTORI della peste del M.DC.XXX., Novara: Tipografia Merati e Comp., 1839, ver a clássica e visceral análise, escrita entre 1770 e 1777, de Pietro Verri sobre a tortura (VERRI, Pietro. *Observações sobre a Tortura*. Prefácio de Dalmo Abreu Dallari. Tradução Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992) que parte do estudo do processo das unções pestilentas de Milão, pp. 03-70.

despropositada de uma acidental desonestidade. Há, sim, um arsenal que comunga da violência e do engano que se emparelha ao difuso fanatismo.¹⁴¹

1.3 O Apogeu Jurídico Inquisitorial Armado no *Ancien Régime*: ápice de estilo em 1670

Vista a mudança estrutural que se operou na Baixa Idade Média (séculos XIII a XV), tal transformação, iniciada no XII, prossegue até o fim do medievo. A saber, as instituições feudo-vassálicas foram passadas para um segundo plano e o poder do rei reforçado e alargado, na medida em que a concentração e a consolidação do poder em mãos de um número limitado de personagens começava a ser demonstrada desde os inícios do período. É a própria noção de Estado em si que se afirma, associada a um comércio agora a grandes distâncias. Neste patamar, desenvolveu-se uma necessidade de segurança jurídica e a lei reaparece como fonte de direito, assistindo-se ao renascimento do direito romano. São as compilações de Justiniano que servem de profundo estudo nas Universidades, paripasso ao direito canônico que atinge seu apogeu

¹⁴¹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 50. O frei dominicano Nicolau Eymerich, nomeado inquisidor-geral de Aragão em 1357, além de alertar no seu *Directorium Inquisitorum* sobre dez formas dos hereges para responder sem confessar – resumidamente: responder de forma ambígua; resposta condicional; inverter a pergunta; fingir surpresa; mudar as palavras da pergunta; deturpação de palavras; autojustificação; fingir súbita debilidade física; simular idiotice ou demência e dar ares de santidade – prestou-se a recomendar outros dez truques “*contra haereticorum cavillationes*” do inquisidor para neutralizar os hereges. Segundo o inquisidor, para que tal pudesse se equipar ao apóstolo – “*Homem astuto que sou, conquistei-vos pela fraude’ (Cor 12, 16)*” – deveria se utilizar os sucessivos truques para arrancar a confissão do herege “*com elegância*”. Pertinente que não fique apenas subentendido as tamanhas semelhanças, nada nebulosas, quanto aos procedimentos que, não raro, percebe-se, com pouca surpresa, na rotina das técnicas de investigações preliminares ou mesmo judiciais: 1. desfazer as dúvidas que puder perceber nas respostas do herege; 2. quando perceber que o acusado não quer confessar, falará calmamente, com tranquilidade, fazendo-lhe compreender que já sabe tudo; 3. ler ou mandar ler os depoimentos das testemunhas omitindo seus nomes de modo que o herege sinta-se confundido; 4. fazer ouvir que um dossiê realmente o incrimina e que ele aparece verdadeiramente culpado; 5. fingir que vai se ausentar deixando-o preso; 6. intensificar os interrogatórios modificando as perguntas, obtendo deste modo ao menos respostas discrepantes; 7. não lhe fará promessas, nem o liberará sob fiança; 8. colocá-lo junto com alguns fiéis íntegros que irão convencê-lo a abrir-se; 9. mandar para junto do herege um de seus antigos cúmplices que se tiver convertido para passar a noite e fazê-lo conversar sobre o que já fizeram juntos, sem antes a colocação de testemunhas num bom lugar de escuta, “*com a cumplicidade da escuridão*”; 10. sob pretexto algum, deverá interrompê-lo ao começar a confissão (EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*, pp. 119-126).

de autoridade também entre os séculos XII e XIII. São estes homens das leis que servirão nas funções mais destacadas de justiça e administração nos séculos vindouros.

Quanto ao desenvolvimento desta cínica sapiência técnica, o estilo inquisitório atinge no *Ancien Régime*, de alguma maneira, desde a *Ordonnance criminelle* 1670, conotação peculiar na França. Examinemo-la, não sem antes acompanhado de precioso resumo sobre todo este fluxo antecedente:

*“Nela prima metà del 13° secolo sopravviene organicamente la rivoluzione inquisitoria, annunciata dal quarto Concilio Laterano. Da spettatore impassibile, qual era, il giudice diventa campione del sistema, estirpi eresie o scovi delitti. Mutano le tecniche: non esiste contraddittorio; avviene tutto segretamente, al centro sta, passivo l’inquisito; colpevole o no, sa qualcosa ed è obbligato a dirlo; la tortura stimola flussi verbali coatti. Padrone della scacchiera, l’inquisitore elabora ipotesi in quadro paranoide: nasce un’impura casistica delle confessioni contro i correi, talvolta ottenute con promesse d’impunità. De facto, è un sistema legalmente amorfo: il segreto, quel metodo introspettivo e l’impegno ideologico degli operatori escludono vincoli, forme, termini; conta l’esito.”*¹⁴²

Assim, importa para os desígnios de aprofundar o estudo dos inquisitorialismos, desde seus modos mais marcantes, adentrar num dos maiores expoentes do absolutismo monárquico da época: o reinado de Luís XIV¹⁴³. O século XVII, sabe-se, foi crucial para o desenvolvimento do pensamento político “moderno”. Soberania, Estado secular e governo são ideias novas que transitam com força, aliadas à da política como ciência social. O período não pode ser visto sem passar pelo absolutismo, estreitamente ligado a este valor de soberania e centralização de poder na figura do Estado, opostamente à divisão de poderio da política medieval; todo panorama ajudado pelas crescentes ocasiões de guerras religiosas e civis.

¹⁴² CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 21.

¹⁴³ Sobre a época do Rei Sol e seu incansável teórico, Bispo Jacques-Bénigne Bossuet, TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*, pp. 268-271. Todavia, para um apanhado pormenorizado, BENNASSAR, M. B.; JACQUART, J.; LEBRUN, F.; DENIS, M.; BLAYAU, N.. *História Moderna*. Madrid: Akal Ediciones, 1980, pp. 395-717; sobre a França de Luis XIV, especialmente pp. 589-614. Poder-se-ia dizer, contribuindo para uma abordagem mais ampla e profunda do século XVII, que foi nesta quadra que o próprio pensamento começou a tomar forma sob um aspecto “moderno” e as pessoas começaram a ser educadas a pensar a si próprias como modernas (por isso, talvez o “primeiro” século moderno). Também, fundamentalmente, no que diz respeito aos seus contrastes (época “bicefálica”, dividida entre a ciência e a superstição?) e, principalmente, a *querela* entre *antigos* e *modernos* das últimas décadas do período; sobretudo, quando as codificações já começam a demonstrar os ideários de lei e ordem, de revolução científica e progresso que pautará a modernidade, Cf. BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume I (Séculos XVII e XVIII), pp. 119-127.

Assim, na época de Luis XIV, assiste-se a um esforço para unificar o direito francês via codificação.¹⁴⁴ O ministro Jean-Baptiste Colbert soube inspirar no Rei a ideia de ser um grande legislador. Confiou esta missão a um “Conselho de Reforma” sob a presidência do seu tio Henri Pussort. Em 1665, para amenizar o descontentamento do Parlamento de Paris, alijado daquele trabalho, monta-se uma nova comissão que, em vinte anos, elaborou um conjunto impressionante de *ordonnances*.¹⁴⁵

Destacável o rigoroso tecnicismo da *Ordonnance criminelle* de Luís XIV, dirigida pela equipe de Henri Pussort, “«*le principal rédacteurs de cette loi*», que entrou em vigor em 26 de agosto de 1670. “*Colbert et Pussort étaient deux hommes capables de mener à bien un pareil travail. On connaît l’âpre volonté du premier, et le second était également énergique et intelligent.*”¹⁴⁶ Lamoignon, primeiro presidente do Parlamento, nos inúmeros debates, tinha-se tornado o defensor dos interesses dos condenados, mas pouco pôde fazer, se verá, frente ao esforço de Pussort visando à rápida e eficaz repressão dos crimes com a simplificação das normas.

Este monumento técnico conseguia regular em termos exatos o afazer penalístico na mesma medida em que disponibilizava um largo espaço para as improvisações de estilo. Formava-se o sistema desde três órgãos distintos: ministério público (*ministère public*), o juiz instrutor (*istruttore*) e a esfera de decisão plural do Tribunal (*collegio*).¹⁴⁷ Sistema de partes, portanto. Alerta que, no mais, enterra e deixa órfã a primazia da ideia de superação de pulsões inquisitoriais pela simples presença de partes tal como hoje entendemos com atribuições distintas – faremos disto tópico separado. Exatamente o emblema jurídico da inquisição dispensava a figura do inquisidor centralizando as tarefas, simplesmente dominando a cena do processamento à decisão final. O “*sistema perfetto*” do “*Code Louis*”, sábio instrumento na mão de Rei Sol, ‘*speculum dell’arte inquisitoriale*, para Cordero¹⁴⁸, mais alto patamar jurídico que a inquisição chegou, outorgava a ação pública aos *procureurs du Roi*, obrigados às investigações dos delitos sem esperar impulso algum (ainda que se preservasse a

¹⁴⁴ Para um panorama político-jurídico da época em compasso, pois, em relação ao processo criminal da monarquia, cf. SALAS, Denis. *Du procès pénal: éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, pp. 67-80.

¹⁴⁵ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 312.

¹⁴⁶ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, p. 178.

¹⁴⁷ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 55.

¹⁴⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 54-55 e CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 29.

iniciativa *ex officio* em casos urgentes e a denúncia do ofendido, todavia, sem a possibilidade que houvesse processo alheio à presença do ministério público):

“Ainsi le principe de la législation du seizième siècle était que les juges pouvaient, aussi bien que les procureurs du roi, exercer l’action publique; ceux-ci, sans aucun doute, avaient l’initiative des poursuites; car, aux termes de l’art. 184 de l’ord. de Blois (mai 1579): (...) [Ils] ‘sont tenus faire diligente poursuite et recherche des crimes, sans attendre qu’il y ait instigateur, dénonciateur ou partie civile.’”¹⁴⁹

É no artigo 8º, do Título III, que se consagrava a fórmula: “«S’il n’y a point de partie civile, les procès seront poursuivis à la diligence et sous le nom de nos procureurs ou des procureurs des justices seigneuriales».” Esmein precisamente arremata: “dorénavant et plus que jamais, il est vrai de dire qu’il n’y a qu’un véritable accusateur, le procureur du roi ou du seigneur (...)”¹⁵⁰.

A rigor, havia três modos de exercer a ação criminal: a *dénonciation*, a *plainte* e a *poursuite d’office*:

“L’action populaire n’eut d’autre refuge que la dénonciation. Les citoyens qui avaient connaissance d’un crime n’eurent plus, lorsque ce crime ne les avait pas personnellement touchés, d’autre droit que celui de le dénoncer au juge; la poursuite ne leurs appartient plus. La plainte, soit de la partie publique, soit de la partie civile, était le second mode suivant lequel l’action pouvait être intentée. La partie publique pouvait porter plainte à raison de tout les crimes qui étaient passibles de peines afflictives ou infamantes; la partie civile, de tous les crimes et délits qui l’avaient lésée. L’action de la première était fondée sur intérêt de l’ordre social qu’elle avait mission de soutenir; l’action de l’autre sur son intérêt privé, sur la lésion qu’elle avait éprouvée. (...) Le troisième mode d’introduction de l’action criminelle était la poursuite d’office du juge. Nous avons vu cette forme de procédure naître dans la jurisprudence romaine; nous l’avons retrouvée dans la pratique des juridictions de comtes, de justices seigneuriales et des juges royaux.”¹⁵¹

De toda maneira, tal como se dispunha na *Ordonnance*, o essencial era que, segundo o art. 1º do tít. X (“voulait que tous les décrets fussent précédés des conclusions du procureur du roi ou des seigneurs”), o art. 11 do tít. VII e art. 17 do tít. XIV (“prescrivaient la communication des déposition des témoins et des interrogatoires des accusés”), mais o art. 22 do tít. X (“ordonnait qu’aucun élargissement n’aurait lieu

¹⁴⁹ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 617-618.

¹⁵⁰ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 221-222.

¹⁵¹ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 615-616.

sans les conclusions du ministère public”); resultava destas disposições que “le juge ne pouvait avancè le procès qu’avec le concours du ministère public.”¹⁵²

À imputação, precedia-lhe um prelúdio chamado *information*, “*premier acte de la procédure*”, quando ainda faltava um acusado, servindo para estabelecer se alguém seria perseguido, decidido pelo juiz instrutor, claro, sob prévio respaldo do ministério público. Destaque-se que, mesmo diante deste monumento à inquisição, os elementos colhidos neste ponto não constituíam prova:

“elle recueillait les charges, elle préparait les preuves; elle ne les établissait pas d’une manière définitive. Elle disposait les éléments nécessaires pour donner au procès la direction qu’il devait suivre et non pour asseoir le jugement. Les preuves ne résultaient que du récolement. C’est la raison de ce caractère provisoire de l’information (...).”¹⁵³

Lida e fixada na porta da igreja a ordem para que todos que soubessem de algo informassem, em envelope fechado, ao pároco para que tão logo fosse transmitido à chancelaria. Daquele canal de segredo saíam os eventuais testemunhos passados às mãos do ministério público.¹⁵⁴

Ainda numa fase pré-instrutória, encontravam-se os *interrogatórios*, assunto pessoal do juiz (na legislação brasileira em vigor, não se resiste dizer neste momento, ainda que deslocadamente: mesmo ressalvado o direito ao silêncio e qualquer prejuízo advindo disto para a defesa, podendo assim ser visto como peça disponível a seu favor, até hoje, o interrogatório aparece completamente regido pelo juiz, que pode proceder de ofício a um novo a qualquer momento¹⁵⁵), que deveriam começar (Tít. XIV; art. 1º) no máximo vinte e quatro horas depois da captura, pois aos imputados faltariam, segundo Hélie anota de um anônimo comentador, “*le temps et la tranquillité (...) pour méditer un système, ajuster ses réponses et se préparer des voies pour éluder la vérité*” e, estando vulneráveis, “*il faut saisir (...) les premiers moments d’agitation et de trouble ou se trouve le prisonier*”. Talvez aí a criação da lenda espalhada por fraca doutrina relativa à viabilidade do flagrante delito válido até um dia do cometimento do crime. Ato secreto quando se jura “*de dire vérité*”. Momento considerado crucial e mais

¹⁵² HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 618.

¹⁵³ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 619.

¹⁵⁴ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 224-228.

¹⁵⁵ Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941, arts. 185-196.

importante do processo: “*toute la sagacité, toute l’expérience, toute l’habileté du juge paraissaient nécessaires pour y procéder convenablement*”.¹⁵⁶

“*L’accusé devait répondre sans délai, par sa bouche et sans le ministère de conseil*”, assim deve responder a tudo sem ser auxiliado, apenas lhe sendo permitido um *conseil* após o interrogatório, “*de quelque qualité qu’ils soient*”. Rigorosamente, claro, apenas em casos excepcionais: em crimes que implicassem matéria civil e naqueles em que não fosse imposta pena capital. Porque avisava Pussort: “*que l’expérience faisait connaître que le conseil qui était donné se faisait honneur et se croyait permis, en toute sûreté de conscience, de procurer par toutes voies l’impunité à l’accusé*”.¹⁵⁷

A interdição da assistência defensiva é a tônica da *ordonnance*, que não se restringe ao interrogatório, mas é muito bem conservada em todo o curso da instrução.¹⁵⁸ O obsessivo regime do segredo é que vigora. Talvez não precisasse salientar que o mutismo constitui um indício contra si, caso se mantivesse “*muet volontaire*”, nada poderia alegar sobre os fatos ocorridos enquanto ele se calava (Tít. XVIII; arts. 8º, 9º e 11).¹⁵⁹

Novamente voltam ao ministério público os registros para suas conclusões. Se o delito importar uma pena infamante ou corporal, um regramento extraordinário dispõe que os testemunhos sejam reeditados e, se necessário, confrontados com o acusado: *récolement* e *confrontation*¹⁶⁰. O testemunho reafirmado pela acareação torna-se um dado agora indelével, já que, do contrário, alterando ou negando os dados anteriormente firmados, o espírito inquisitório que não pode deixar de se combinar com certo legalismo, puniria a testemunha. Aqui se abre a possibilidade de um ínfimo e rápido suspiro de algum argumento defensivo, desde que indicado um testemunho. Com a instrução definitiva, o ministério público conclui pela aplicação de uma pena, pela absolvição, uma medida interlocutória que poderá ser a submissão à tortura ou ordenar que se disponha a prova das justificantes.¹⁶¹

¹⁵⁶ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 625-627.

¹⁵⁷ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 629 e 631.

¹⁵⁸ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, p. 231.

¹⁵⁹ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 31.

¹⁶⁰ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 633-638.

¹⁶¹ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 235-239.

Chega-se enfim ao estágio derradeiro frente ao *collegio*, “*la parodia d’un microdibattimento*”¹⁶², “*dernier interrogatoire*”, em que, diante de todos os juizes, o imputado, do banco dos réus, expõe tudo que seria do seu interesse. Seria assegurado, assim, cinicamente com ares garantidores, segundo os registros de uma *ordonnance* de 1703, que “*«L’esprit de l’ordonnance de 1670 n’a jamais été de priver les accusés dans aucun cas du droit naturel qu’ils ont de se défendre par leur bouche (...)*”¹⁶³.

A *Ordonnance* distinguia duas formas de tortura (Tít. XIX; arts. 1º, 2º e 3º): a *préparatoire*, com fins de instruir o processo, quando a prova não fora suficiente para a condenação capital e seria, dependendo do grau de dor aplicado, *ordinaire* ou *extraordinaire*; a *prealable* era pena acessória infligida aos condenados à morte objetivando que delatasse o nome dos mandantes ou cúmplices do delito. Eram estabelecidos três requisitos para sua aplicação: a comprovação do delito; que tal fosse punido com a morte e que existiam provas consideráveis contra o acusado, ainda que não dissesse quais. Confiscado o corpo do acusado, é matéria confiada à sensibilidade dos juizes, segundo Pussort, citado por Esmein: “*«Il étoit difficile de rendre la question uniforme...la description qu’il en faudroit faire ‘seroit indécente’ dans une Ordonnance...mais il est sous-entendu dans l’article que les juges prendront garde, lorsqu’ils la feront donner, que les condamnés n’en demeurent pas estropiez*»”.¹⁶⁴

Poderia tê-las *sans réserve de preuves* e *avec réserve de preuves* (Tít. XIX; art. 2º e Tít. XXV; art. 13), a primeira quando o imputado resistisse ao experimento, purgados os indícios, livrando-se solto; a outra o deixa exposto ao efeito de uma condenação, salvo pena capital. Sobre a tortura deliberam pelo menos três juizes. Relatório minucioso feito, concluído o experimento, há mais um terceiro interrogatório com o fim de confirmar a confissão.¹⁶⁵

Passadas e recapituladas todas as etapas – “*l’information, le interrogatoires, les récollements et les confrontation, l’enquete des faits justificatifs, les requêtes des parties et le épreuves de la torture*” – o processo retorna ao tribunal *pour en faire la visite*, enfim, para o julgamento definitivo. O epílogo se aproxima. Sobre penas corporais ou infamantes, deliberam ao menos três juizes (sete em recurso). O ato conclusivo vem *avant midi*. Lidos os relatórios, examinados os atos, o *collegio* ainda

¹⁶² CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 57.

¹⁶³ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, p. 639.

¹⁶⁴ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*. p. 241.

¹⁶⁵ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 642- 647.

realiza um último interrogatório e vota (Tít. XXV; art. 9º). O valor legal das provas é que prevalece, independente da própria convicção do decisor:

“Dès que la cause constatait telle preuve, telle présomption, tel indice, il devait attacher à cet indice, à cette présomption, à cette preuve, l’effet que la loi avait voulu lui assigner; il n’était pas libre d’apprécier lui-même cette preuve et de lui refuser son assentiment; sa conviction fûtelle contraire, il fallait qu’il étouffât sa conviction. Cette théorie des preuves légales était la partie la plus nouvelle et la plus curieuse de l’ancienne procédure.”¹⁶⁶

Hélie, utilizando-se dos jurisconsultos Menochius, Crusius e Guazzini, reproduz a sagacidade e a não menor profundidade quanto à organização e distinção desta verdadeira “ciência da prova”, em que cada fato minuciosamente teria o seu valor próprio. Apenas um julgador condizente com a capacidade sobre-humana, supostamente capaz de responder a um método de avaliação tão desumanizado poderia sair dos labirintos inescrutáveis das *provas plenas* e *semiplenas* ou *manifestas*, *consideráveis* e *imperfeitas* (*ligeiras*, que poderiam dizer respeito à *confissão*, às *literais* e às *testemunhais*). Também distinguíveis em *provas conclusivas* e *demonstrativas*, *reais* ou *presuntivas*, *afirmativas* ou *negativas* etc.¹⁶⁷

¹⁶⁶ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 648-649.

¹⁶⁷ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 650-658. É o procedimento inquisitório que favorece o surgimento de uma minuciosa rede de regras sobre o valor de cada meio de prova, que resultará no chamado *regime de provas legais*. Gregório IX promoveu uma classificação das provas, arrolando a confissão – em verdade, separadamente, não por outro motivo, senão porque ela dispensava a prova, por *evidente* – as testemunhas, os documentos, as presunções e o juramento. Mesmo com as ordálias e os duelos afastados, ainda permaneceram os conjuradores na sua função de terceiros garantidores da probidade, agora sob juramento totalmente cristianizado. Nilo Batista, desde Jean-Philippe Levy, sobre a elaboração jurídica que o direito canônico estimulou e conduziu em tema de provas, a partir do século XII – regime que prevalecerá até o século XVIII, com poucas variações atinentes às posições no conflito entre a prova testemunha e o documento –, descreve que havia uma hierarquia de provas. No topo estava a notoriedade (*notorium*) capaz de tranquilizar o espírito do juiz com a *certitudo infallibilis*, pois produzia a *perfecta scientia*, e era dividida em três modalidades: a) *notorium facti* (fato notório, em que o acontecimento criminoso fora claramente percebido); b) *notorium iuris* (confissão judicial e coisa julgada); c) *notorium praesumptionis* (compreendendo as presunções “necessárias” – *iuris et de iure* e as presunções “violentas” – *iuris tantum*, oponíveis por prova em contrário). Abaixo do *notorium* estava a *prova plena* (*probatio vera*, *plena*, *perfecta*) que trazia consigo a *plena fides*, cabível de recurso. Aqui se encontrava a prova testemunhal – o depoimento concordante de duas testemunhas resultava em *probatio plena*; não, porém, um só que conduzia a uma *prova semiplena* – e algumas provas presuntivas. No confronto de testemunhas e documentos as primeiras prevaleciam sob o argumento de serem provas “naturais”. Assim, no início do século XIII, Inocêncio III decide que quatro testemunhas prevalecem sobre um documento confirmado pelo notário. Logo abaixo da prova plena, obviamente, encontrava-se a *prova semiplena* (*probatio semiplena*), como a figura da

A condenação, por seu turno, declarava expressamente o imputado “*atteint et convaincu d’avoir commis tel crime*”. Apenas uma corte soberana poderia absolver alguém com efeito preclusivo, quando da prova negativa acerca da existência do delito. Fora disso, ele ficava *absous quant à présent*, até um segundo juízo sobre nova prova.¹⁶⁸ Escreve Esmein, detalhando que se a acusação fosse mal fundada a absolvição não seria o correlato natural. Quando não viesse a condenação, três conclusões eram possíveis: *l’absolution, la ’mise hors cour’, e a ’plus amplement informe’*. A primeira, rara possibilidade, dava-se quando a acusação era puramente rejeitada e permitia ao imputado o direito de demandar contra a parte civil. A segunda modalidade seria uma absolvição menos completa, por falta de provas, “*«quand l’accusé n’est pas renvoyé absous, mais, seulement mis hors cour, il ne peut prétendre des dommages-intérêts*”. Por final, mais comum era a *plus amplement informe*, uma absolvição provisória, “*il était à temps, ou indéfini*”. Este estado de indefinição, *incerti et dubii status*, inversão completa da carga probatória acusatória, não raro era passado na prisão, onde se esperava algum tempo para que, com novas provas, pudesse ser reiniciada a persecução.¹⁶⁹

A Ordenança criminal francesa, considerada por seus elaboradores perfeita, refletia – espera-se que o longo apanhado tenha contribuído para tanto – a intenção acerca da obsessão inquisitória beirando a *pureza metafísica*.¹⁷⁰ Afastado de um ritual acusatório, em que um debate contraditório é exercitado, o que se garante, afinal, com a postura inquisitorial é a entrada no espaço psíquico com um trabalho prospectivo. Suma:

“Il processo diventa affare terapeutico; la pena è una medicina; voglio o no, bisogna che l’imputato cooperi; essendo offesi dei supremi interessi dal peccato-delitto, salta ogni limite garantistico, perché gli individui spariscono davanti a numina quali Chiesa, Stato, Partito e simili. Quest’assioma spiega l’intera macchina. L’aspetto più

testemunha única e alguns casos de presuntivas (fuga do réu e a sua má-reputação). No mais baixo grau hierárquico havia os *indícios* (inimizade ou ameaça para com a vítima), que serviam para confirmar uma prova preexistente e autorizar o emprego da tortura. Alguns canonistas aduziram uma escala acerca do estado de espírito do juiz, “*que começaria da ignorância (’nescientia’), e com a mediação dos indícios passaria da dúvida (’dubitatio’) à desconfiança (’suspiciatio’); graças à ’probatio semiplena’ chegaria à ’opinio’; diante da prova plena alcançaria a ’perfecta credulitas’, a ’plena fides’; e caso pudesse alçar-se ao plano ’notorium’, repousaria na ’scientia vera’, na ’certitudo demonstrativa’, ’infallibilis.’*” (BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*, pp. 236-237).

¹⁶⁸ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 661-662.

¹⁶⁹ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 244-245.

¹⁷⁰ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 38.

*visible sta nel fatto che lavori senza una domanda, ma in fondo, è dato secondario: alla logica inquisitoria non ripugnano le azioni obbligatoriamente esercitate da organi intesi alla repressione; anzi, il lavoro diviso giova all'automatismo persecutorio e quanto renda, lo vediamo in Francia, dove le ministère public appare fin dal tardo XIII secolo. È falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell'ordonnance criminelle 1670, monumento dell'ingegno inquisitoriale, il monopolio dell'azione spetta agli hommes du roi («les procès seront poursuivis à la diligence et sous le nom de nos procureurs»).*¹⁷¹

1.3.1 Articulando Tortura e Prova

Por aqui, abre-se espaço salutar para se verificar a articulação entre tortura e prova. Sem prejuízo algum do visto quanto à elaboração jurídica que, com a participação dos textos romanos, o direito canônico estimulou e conduziu em tema de provas, a partir do século XII – o chamado *regime de provas legais* –, há que se notar a configuração que os suplícios tomaram dentro da engrenagem de 1670.

Na hierarquia dos castigos, os suplícios, em que pese, longe de constituírem as penas mais frequentes, como eram o banimento e a multa, escreve Foucault, ocupavam um lugar privilegiado: qualquer pena um pouco séria deveria carregar algo de suplício. Era uma arte quantitativa da dor, alheia à irregularidade ou à selvageria. Técnica hábil para manejar o sofrimento – apreciá-lo, compará-lo e hierarquizá-lo – a estética de reter a vida nele próprio. Purgava-se o crime pela imposição de uma justiça excessiva, ostensiva e justificada por um ritual demonstrativo de máxima força: *“é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos excessos dos suplícios, se investe toda a economia do poder.”*¹⁷²

Esse simbolismo que faz operar o sistema judicial tem como aspecto fundamental a figura do Rei como supremo representante da justiça na terra. Graças a sua legitimação divina, há o dever de obediência. Não que se desconheça o necessário respeito ao direito natural como o definido nas cortes, exatamente também como expressão desta capacidade de obter legitimação pelo respeito. A figura real é pai

¹⁷¹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 47. Cf. ainda CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*, p. 361-364.

¹⁷² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 19ª ed.. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 32.

rigoroso e portador de graça. É nisto que, segundo Sabadell,¹⁷³ a força do sistema de justiça real no *Ancien Régime* reside: na combinação entre duras ameaças de penas e, em alguns casos, a sua não concretização. Para que esta legitimação então se concretize é necessário que a ameaça se realize. Devido à observância da ordem repousar, no período, principalmente na convicção e no consenso, e não na atuação violenta dos aparelhos repressivos, devido ao clima religioso e mesmo outras formas de controle, neste âmbito a tortura surge como um momento importante para a realização da ameaça da pena. Ainda quando pouco empregada, e havendo posteriormente a ela a concessão da graça, já se terá atingido o que se propunha: o efeito intimidatório para a coletividade, ou seja, a função simbólico-repressiva.

Entendida imersa numa atmosfera de necessidade de purgação, atrelada à onipresença do sofrimento, é que a tortura pode ser vista, à época, como procedimento normal. Cruel e abominável, certamente, mas não selvagem ou bárbara, visto que legalmente autorizada, até mesmo recoberta de garantias sob ordenamento estrito. A tortura como técnica matriz demonstra-se privilegiada, na medida em que o corpo submete-se, neste momento, ao ritual judiciário como local da “verdade do crime”. Com o processo criminal em segredo, nítido que o saber é privilégio absoluto da acusação e como correlato o poder de estabelecimento da verdade era exclusivo.

Foucault surpreende ainda que, no século XVIII, permaneciam, à semelhança da *Ordonnance* de 1670, as distinções entre provas verdadeiras, diretas ou legítimas (testemunhos) e as provas indiretas, conjecturais, artificiais (por argumento); ou ainda as provas manifestas, as provas consideráveis, as provas imperfeitas ou ligeiras, ou ainda: as provas urgentes e necessárias (provas plenas que não permitem duvidar da verdade dos fatos); os indícios próximos ou provas semiplenas (verdadeiras quando não desconstituída pelo imputado); enfim os indícios longínquos ou adminículos que consistiam apenas no parecer dos homens. Todas estas diferenciações, isto que importa frisar, tinham uma função operatória, nada desprezível. Tomadas com efeitos díspares, as provas plenas acarretavam qualquer condenação, as semiplenas penas físicas infamantes que não a morte; os indícios imperfeitos e leves bastavam para decretar investigações mais profundas sobre o suspeito ou impor uma multa. Com regras precisas de cálculo, de acordo com uma aritmética penal meticulosa, duas provas

¹⁷³ SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione: Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 383-384.

semiplenas poderiam fazer uma prova completa; indícios longínquos, se vários e concordantes, formavam meia prova, mas sozinhos não valeriam uma prova completa.

Este sistema de “provas legais”, profundo e minucioso, tinha por função definir como construir uma prova judicial, fazendo da verdade o resultado de uma arte complexa, a saber, um campo consagrado que apenas especialistas poderiam conhecer. Maquinaria especializada, sobretudo, na produção da verdade hipertrofiada, afinal perfeitamente realizada na ausência do acusado. Tendente, pois, à confissão, por ao menos duas razões segundo Foucault¹⁷⁴, daí também a ambiguidade de seu papel está refletida: impondo-se como prova tão forte, à confissão seria desnecessária crescer-se outra e mesmo adentrar naquela difícil combinação de indícios; além disso, confirmaria o pleno exercício do poder soberano, a vitória sobre o acusado que assume aquilo que foi sabiamente construído na instrução. Se a confissão é a peça complementar de uma instrução, “*o criminoso que confessa vem desempenhar o papel da verdade viva.*”

Por um lado, a confissão se faz entrar no compito geral das provas, uma entre outras, sozinha não poderá levar à condenação; por outro lado, ela transcende toda e qualquer prova, pois tudo é tornado notório e manifesto. Sobrepõe-se ainda outra questão: havida a confissão, investiga-se novamente para que possam encontrar os indícios necessários, reduzindo-se o trabalho de demonstração. Sem esquecer ainda que, embora vista como forma de autenticar a instrução escrita, ela é cercada de formalidades, que nada mais visam, com um quê de transação, a conservar a relação do acusado com o processo via a verdade da informação. “*Elemento de prova e contrapartida da informação; efeito de coação e transação semi-voluntária*”.¹⁷⁵

A tortura, no século XVIII, como meio de se obter a confissão já possuía um verniz de *mecanismo penal complexo* – talvez pouco nítido ainda aos tempos da aurora da inquisição – é descortinada uma engrenagem afirmativa da necessidade de um correlato oral da demonstração escrita no processo. Aqui os jogos e desafios são outros que não aqueles do direito germânico. O imputado é dotado da função de coautor, nem que seja violentamente, na produção da verdade. Um “parceiro voluntário” convidado a tomar parte no mecanismo. Assim, uma investigação produzida em segredo pela autoridade judiciária era administrada com o imputado num ato ritualizado. Por isso, em

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 34.

¹⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 35.

acertada conclusão, Foucault afirma que “*enquanto o sistema punitivo clássico não for totalmente reconsiderado, haverá muito poucas críticas radicais da tortura*”.¹⁷⁶

Um corpo que fala e que sofre por um suplício da verdade. Prática cuidadosamente codificada, jogo judicial estrito, que vem tomar o lugar, desde uma outra prática da economia de poder, o lugar das antigas provas das ordálias, duelos e julgamentos divinos. Jogo, por certo, não no sentido da paridade de armas ou mesmo de equilíbrio de regras, até porque ele tem grande parte das cartas na mão e as joga como quer, mas na presença de estratégias de severidade graduada, na possibilidade de, em algum instante, o supliciado ganhar aguentando ou perder confessando. “*Mecanismo regulamentado de prova*”, assim a tortura clássica é vinda a decidir a verdade. Culpado o paciente, os sofrimentos são justos, assim como são prova de desculpa se for inocente. Por isso a insistência de Foucault ao firmar: “*a tortura para confessar tem alguma coisa de inquérito, mas também de duelo.*”¹⁷⁷

Esta correlação nada simples é projetada também na medida em que se mistura aí *ato de instrução e elemento de punição*. Verificada como maneira de complementar a demonstração do processo, como dito, ela também é classificada entre as penas. Isto poderia ser explicado pelo fato de que na época clássica as partes das provas não constituíam elementos neutros até que coerentemente indicativas de culpa de alguém. Assim, uma meia-prova fazia o sujeito meio-culpado, um indício de um crime grave tornava alguém pouco criminoso. Havido um grau de prova, isto implicava uma certa culpa e por fim implicava um grau de punição, uma espécie, diz Foucault, de *princípio de gradação contínua*. Ninguém poderia sair ileso como objeto de pesquisa, já que suspeito implicava certa culpa, cabia ao juiz demonstrá-la. “*quando se chega a um certo grau de presunção, podia-se então legitimamente executar uma prática que tinha um duplo papel: começar a punir em razão das indicações já reunidas; e servir-se deste início de pena para extorquir o resto de verdade que ainda faltava.*”¹⁷⁸ Enfim, nada estranha a gestão do ritual da tortura judiciária, ao mesmo tempo, como medida que impõe a punição (pena) e como ato de instrução (processo) que produz a verdade. De qualquer maneira, através do corpo que (re)produz a verdade do crime, que o leva inscrito em si e sobre si, a função é fazer brilhar a verdade.

¹⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 36.

¹⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 37.

¹⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 38.

A *Ordonnance* também, por outro lado, pode ser vista pontualmente como um movimento de reestruturação das malhas de persecução. Se foi o auge do engenho inquisitorial processual é porque também foi o retrato do início do declínio de outro movimento que já apontava para uma certa mudança na lógica punitiva dos tribunais seculares. A despeito da perseguição eclesiástica, aparecia, com a instauração de um processo de partes, uma certa margem de redução da criminalização da heresia. Isto aponta para um dos grandes fatores de declínio na persecução penal destas práticas.¹⁷⁹ Sobretudo a multiplicação da prudência de alguns magistrados franceses, mas os próprios critérios de adequação da tortura (Tít. XIX, art. 7º) e reexame necessário de certas decisões (Tít. XXVI, art. 6º) fizeram parte, na segunda metade do século XVII, de um movimento que levou, em 1682, a *Ordonnance criminelle*, também assinada por Luís XIV, deixar de mencionar os crimes de Lesa Majestade Divina, sem antes, é claro, tipificar um outra série de delitos. A hesitação dos juízes e os protestos médicos proliferaram e os contornos da jurisprudência parisiense muda: “o abandono das perseguições por crime de feitiçaria no século XVII representa o deslocamento de uma estrutura mental que faz parte integrante dessa visão de mundo durante séculos”.¹⁸⁰ O que não significa, repita-se, qualquer mudança na estrutura inquisitorial, senão os primeiros sinais de um processo penal que começa a lançar as suas baterias de dor, agora técnica e criteriosamente sobre uma nova forma de administração da justiça, em que um léxico religioso-demoníaco com suas práticas explícitas de suplício começara a perder carga: as fogueiras cedem lugar ao sofrimento processual endógeno e os feitiços dão lugar às charlatanices. Tendo a *ordonnance* de Luís XIV se inspirado na de 1539, mantendo o processo inquisitorial secreto e a tortura, ela é que servirá de base, no ano IV, ao Código de instrução criminal de 1808.

1.4 Reforma, via Revolução: recuo estratégico – para depois, a metástase

Contudo, tem-se como cediço que as vulnerabilidades começam a ser expostas ao menos desde a segunda metade do século XVIII¹⁸¹. Os panfletos, como o de Voltaire,

¹⁷⁹ LEVACK, Brian. *A Caça às Bruxas*, p. 231.

¹⁸⁰ MANDROU, Robert. *Magistrados e Feiticeiros na França do Século XVII: Uma Análise de Psicologia Histórica*. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 16.

¹⁸¹ O século XVIII, época, como quer Baumer, em que a nota do *devir*, já audível no século anterior, torna-se cada vez mais presente não pode, sobremaneira, para fugir dos extremismos,

circulavam aos quatro ventos discutindo a justiça penal (de 1762 a 1777 o autor escreveu quatorze trabalhos sobre o assunto) e dão os sinais do abalo.¹⁸² Evocando a intolerância a uma cultura sanguinária e paranoica levada à insustentabilidade, alguma crítica garantista, assim se poderá dizer, parece ali emergir de forma orgânica, percebendo-se o quanto apressadamente o sistema, no afã de que nenhum culpado escape, acaba por devorar muitos inocentes. Em momento de efervescência, em 1780 é abolida a tortura preparatória¹⁸³; em 1788 proíbe-se o banco dos acusados¹⁸⁴. O assunto Juan Calas, protestante enforcado em Tolouse, ajuda ainda mais a inundar o cotidiano de difamação.¹⁸⁵ A literatura de ocasião, afinal, impulsiona o estado de coisas. Os obres togados que celebravam o aparato de supremo tecnicismo racional aparecem enfraquecidos e desacreditados inclusive pelos editos reais de Luís XVI.¹⁸⁶

Apoiados os reformistas, convocados os Estados Gerais e autoproclamando-se Assembleia Constituinte, vem à tona a lei de 8-9 de outubro de 1789, que aprova reformas urgentes. Uma metamorfose ocorre, ainda que formalmente continue válida a

ser reduzido ao iluminismo, porque tão forte quanto ele e a ovacionada revolução científica, era também época do romantismo: “*embora muito diferentes, os «muitos séculos dezoito» tinham uma coisa em comum. De uma forma ou de outra, todos eles implicavam mudanças dos modelos passados, uma consciência de mudança mais do que um fenômeno transitório da vida humana e da história*” (BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume I (séculos XVII e XVIII), p. 166) Todavia, para um apanhado mais profundamente pormenorizado, até as vésperas do período revolucionário, cf. BENNASSAR, M. B.; JACQUART, J.; LEBRUN, F.; DENIS, M.; BLAYAU, N.. *História Moderna*, pp. 725-1023. Sobre o século XVIII-XIX, destaque a partir da década de oitenta do século XVIII, com a aurora da revolução industrial, passando pela revolução francesa, e chegando às ininterruptas guerras entre 1792 e 1815 – a chamada era das revoluções, bem como a formação das nações e seus diversos nacionalismos, cf. HOBBSAWM, Eric J. *Era das Revoluções (1789-1848)*. Tradução de Marcus Penchel e Maria L. Teixeira. São Paulo: Paz e Terra, 2009, pp. 27-165 e HOBBSAWM, Eric J., *Naciones y nacionalismo desde 1780*. Barcelona: Crítica, 1991, pp. 23-54.

¹⁸² HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 387-396.

¹⁸³ Não há como deixar de lembrar, novamente, dentre a série de discursos articulados contra a tortura, em especial na segunda metade do século XVIII, aquele de Pietro Verri, *Osservazioni sulla Tortura* (VERRI, Pietro. *Observações sobre a Tortura*. Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari; tradução Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992). Escrita entre 1770 e 1777, faz parte de todo um movimento que ajudará a instaurar os fundamentos do direito penal moderno da Ilustração. No seu caso, fala-se da *Accademia dei Pugni*, grupo de jovens pensadores lombardos fundado por Verri de larga produção intelectual, dentre os quais estava Cesare de Beccaria, inspirados nas ideias de Diderot e d’Alambert e pelas obras de Montesquieu, Voltaire e Rousseau. Cf. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 44-47.

¹⁸⁴ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, pp. 43-44.

¹⁸⁵ CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*, pp. 14-40.

¹⁸⁶ Para um apanhado detalhado acerca da recepção do contratualismo pelo direito penal, aquilo que se poderia chamar a *gênese de um garantismo jurídico-penal*, consultar CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, pp. 41-56.

antiga maquinaria.¹⁸⁷ A nova estrutura judiciária mantinha a *information* secreta como dantes (art. 6º), mas com a intervenção de cidadãos garantes – por exemplo, dois “*adjoints*” (art. 2º), designados pela comunidade como espectadores do ato. Formulada a acusação – isto importa destacar – aqueles anexos secretos, testemunhos junto ao instrutor, desaparecem e tudo é levado a cabo publicamente. A acusação afinal é pura *noticia criminis* e seus elementos não são válidos como prova. Além de agora qualquer acusado poder nomear defensor, as provas (*récolement* e *confrontation*) eram estabelecidas em debate contraditório público. Ato final era uma audiência pública definida como *dibattimento*, a parte mais interessante da nova morfogênese processual: “*Abbiamo sotto gli occhi l’embrione d’un dibattimento: contraddittorio e pubblicità operano una metamorfosi nei vecchi quadri, formalmente conservati; la discussione, sinora confinata alle cause civili, riappare dopo secoli ‘au criminel’ (...)*”¹⁸⁸. Havido o relatório, após as conclusões do ministério público, segue-se o último interrogatório com a posterior fala da defesa.¹⁸⁹ Mesmo que o ponto débil fosse ainda a pouca importância verbal do procedimento, ancorado no “*sac du procès*”, o constituinte garantiu um contraditório completo. Em bom resumo, todo ato útil para decisão surge do debate.¹⁹⁰

Após 7-11 de setembro de 1790, suprimem-se todos os antigos tribunais, últimos redutos do antigo regime, e finalmente em 16-29 de setembro de 1791, com uma reforma orgânica e a antiga *Ordonnance criminelle* derogada, formula-se um modelo muito complicado de forma acusatória: “*Les lois de 16-24 août 1790, 10-15 mai, 19-22 juillet, 16-29 septembre 1791 fondèrent enfin le nouvel ordre judiciaire*”.¹⁹¹ Até aquele momento havia uma mudança genética sendo operada, em que pese a manutenção da mecânica antiga. Pois entra em cena, importando a técnica anglo-saxônica, uma autêntica reforma em 16-29 de setembro de 1791¹⁹², sob ataques inquietos de arautos dos antigos procedimentos, como Mougin de Roquefort, que dizia: “*«la nouvelle procédure», elucubratusu filosofemi, «donne un brevet d’impunité aux malfaiteurs du royaume*”. Apesar de ter um cariz radical, em que tudo seria feito sem atas primando-se pela oralidade, subsistia a *information* secreta a cargo do juiz de paz (Part. I, art. 1º, tít.

¹⁸⁷ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 679-680.

¹⁸⁸ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, pp. 46-48.

¹⁸⁹ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 410-416.

¹⁹⁰ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 61.

¹⁹¹ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, p. 680.

¹⁹² ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 417-430.

1); não influenciando, todavia, aqueles materiais, colhidos na investigação preliminar, recebidos antes pelo presidente dos jurados (em número de oito), servindo apenas para estabelecer se deveria a acusação ser recebida. Não há a figura do ministério público: “*l’institution du ministère public (...), que Montesquieu avait si bien mise en lumière, disparaîtra pour un temps de notre organisation judiciaire*”¹⁹³. Substitui-o um “*commissaire du roi*”, supervisor da legalidade processual, havendo ainda um acusador público escolhido. Aquele assiste aos debates propondo aos juízes todas as requisições que achar convenientes, enquanto este acompanha os atos de acusação admitidos pelo júri.¹⁹⁴ Assim, a ação caberia ao ofendido ou a qualquer denunciante: “*cette disposition remarquable fut un retour momentané da vers le principe de l’action populaire*” (Parte II; tít. I).¹⁹⁵ Verificado um veredicto positivo, segue o caso para o tribunal, composto por quatro magistrados. Culpado ou não, quem o dirá serão, de doze, no mínimo dez jurados, decidindo os magistrados acerca da pena.¹⁹⁶ Está-se, enfim, em plena engenharia iluminista, ressalva Cordero. Pouco se guardava da antiga estrutura. O senso antiburocrático e a notável pulverização do poder de agir, sobremaneira, fez desaparecer “*l’attore pubblico-funzionario*”, pois são oito os jurados responsáveis pela deliberação acusatória, e o impulso da demanda vem do ofendido ou da denúncia pertencente ao juiz de paz.¹⁹⁷

Entretanto, o retorno ao passado prosperou, não indo adiante a mudança. Os novos impulsos que tentaram oxigenar as constantes inquisitoriais não chegaram a ter força de inspiração para além de meia dúzia de anos. O *Code des délits et de peines*, de 25 de outubro de 1795, promulgado na época do Consulado, favorece “*riassamenti illiberali*”. Os sintomas do passo atrás surgem a partir do discurso de Philippe-Antoine Merlin três dias antes. A ele havia sido encomendado pela Assembleia um “*Code de police sûreté et de police correptionnelle*”, adequado à ordem judicial. Ultrapassado e muito o intento, foi apresentado um código que pretendia refundar todas as leis expedidas desde o início da revolução para investigação e punição de qualquer delito. Pôs a exame pela Assembleia que era preciso, depois dos sangrentos anos iniciais de revolução, sair da anarquia, principalmente, garantindo “*d’une manière véritablement*

¹⁹³ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, p. 417.

¹⁹⁴ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 62.

¹⁹⁵ HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 682-683.

¹⁹⁶ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, pp. 50-56 e HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle*, pp. 681-686.

¹⁹⁷ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 64.

efficace la sûreté des personnes et des propriétés”, e impor uma ordem metódica que (re)conduzisse os magistrados “*dans la recherche et...répression des délits*”. Para isto, nada melhor que um bom código, alheio às leis penais confusas e numerosas que são o pior obstáculo “*au rétablissement de l’ordre*”.¹⁹⁸ Polícia e justiça de alto rendimento é o estandarte adequado. Às vésperas da sua dissolução, rapidamente, a Assembleia vota e aprova o *Code de Brumaire*. É o refluxo do passado.¹⁹⁹

Retorna o monopólio público da ação penal. Apregoava o artigo 5º: “*L’action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l’ordre social. Elle appartient essentiellement au peuple. Elle est exercée en son nom par des fonctionnaires établis à cet effet*”, ou seja, desta sorte, desaparecia a ação popular instituída em 1791, “*germe la reconstitution du ministère public*”.²⁰⁰ O presidente do corpo de jurados (*directeur du jury*) já aponta a figura do futuro juiz-instrutor, com amplos poderes para “*découvrir la vérité*”. A oralidade é um passado já distante demais. Consolida-se a instrução secreta e desaparece o acusador escolhido:

*“nel lavoro legislativo quest’atmosfera ispira un esplicito recupero del passato. L’art. 63 const. 22 frimaio anno VIII (13 dicembre 1799) ha ricomposto l’identità del pubblico ministero requirente, abolendo quel pubblico accusatore elettivo; davanti al jury d’accusation e nel dibattito interloquisce il commissaire du gouvernement; l’art. 35 l. 27 ventoso anno VIII (18 marzo 1800) dissemina l’ufficio in tanti sostituti quanti il governo ritenga conveniente istituire; l’art. 24.1 7 pluvioso anno IX (26 gennaio 1801) ne istituisce uno in ogni arrondissement, nominato dal primo console e da lui revocabile; sostituti e commissario compongono una struttura gerarchica simmetrica ai vecchi procureurs du roi e procureur général.”*²⁰¹

Bem posto e acomodado estava o ideário de constituição do ministério público, a saber, em linha paralela à instituição inquisitorial dos procuradores do rei. Mesmo que as estruturas aparentemente tenham sido pouco afetadas com este refluxo, estava ali o prelúdio do desenvolvimento antecipado de algumas soluções que aconteceriam treze anos depois.²⁰²

¹⁹⁸ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 440-441.

¹⁹⁹ Não se pode negar, como escreve Salas, que “*la construction du modèle français du procès pénal s’est fait par un mouvement ambigu de rupture et de restauration avec le modèle de l’inquisition qui s’était imposé sous l’Ancien Régime.*” (SALAS, Denis. *Du procès pénal*, p. 151).

²⁰⁰ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 442-443.

²⁰¹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 66.

²⁰² CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, pp. 56-57.

O sentido preciso da restituição dos antigos laços totalitários pela instrução preparatória secreta foi capturado energicamente por Charles Ganilh: exumação da antiga lógica. Aceitava-se retornar aquela dinâmica de se fazer os depoimentos escritos e em segredo, “*rétablir une partie de la procédure secrète, de cette procédure odieuse*”, inoculando um dos “*grands vices de la procédure criminelle de la Monarchie!*”. O que se estava a surpreender era o vício despótico embrenhando-se numa das grandes conquistas da revolução. Uma impossível simbiose avançava e se fazia real. A aliança espúria das formas da Monarquia com as garantias da República contribuía facilmente para repelir qualquer situação que não fosse o retorno ao opressivo estado de forças: “*il ne peut y avoir d’alliance entre les formes oppressives de la Monarchie et les formes protectrices de la République, ces formes se repoussent naturellement et ne peuvent concourir au même but*”.²⁰³

O alerta de Cordero é contundente e esclarecedor: o léxico acusatório foi utilizado com habilidade. *Directeur du jury* significa, pois, juiz-instrutor, o *magistrat de sûreté* equivale ao ministério público. Mas nada como o eufemismo da circular ministerial de 10 maio de 1801, na qual, ao comentar as reformas, dissimula um risco alarmante enxergando, ou querendo dar a entender, que se trata aquela anomalia inquisitorial de “meros movimentos pré-instrutórios” que não podem “dispensar a instrução legal”, “atos preliminares” à “verdadeira instrução”. Sobre esta “*mélange impur*”, define o professor italiano: “*siamo davanti a un meccanismo bivalente; coesistono male istruzione scritta, nonché segreta e messinscena accusatoria al dibattimento (...). E l’ibrido incuba un istituto aberrante*”²⁰⁴, de longa vida nos sistemas processuais penais até a atualidade.

O terreno estava aberto e o golpe de 18 brumário (9 de novembro de 1799) anunciava, pelas bocas dos cônsules Bonaparte, Cambacérès e Lebrun, que “*«la révolution est finie»*”. Se a *Ordonnance criminelle* teve seu momento de eclipse nos 1790’s, ela aparece reencarnada com força e visual renovados no *Code d’instruction criminelle* de 1808, “*archetipo dei sistemi giudiziari continetali otto-e novecenteschi*”.²⁰⁵ Aos togados, a figura dos jurados nunca lhes pareceu simpática. A constante corporativa faz ressaltar a maravilhosa máquina de Louis XIV, que em muitos pontos atingiu “*la perfection de la législation criminelle*”. A revolução teria usado uma

²⁰³ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 457-458.

²⁰⁴ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 67-68.

²⁰⁵ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 57.

instituição estrangeira estranha aos usos franceses. A força estava em retomar as reflexões dos “*fameux jurisconsultes du siècle de Louis XIV*”, mesmo que adocicadas com nuances defensivas e combinadas ao debate público. Declara a corte de Aix: “*Avec le secours des conseils aux accusés et la publicité des débats , l’Ordonnance de 1670 modifiée, serait peut-être, nous ne saurions trop le répéter, ce qui approcherait le plus de la perfection.*”²⁰⁶ O Conselho de Estado, todavia, não acata a posição real e, em 4 de junho de 1804, preserva a instituição do júri. Napoleão intervém na primeira sessão posterior e adota a ideia “*de mettre sous les yeux des jurés copie de l’information*”, porque o trabalho investigativo, “*elle doit être insidieuse*”. E ao juiz-instrutor não lhe cabe outra tarefa senão chegar “*à la vérité des faits*”.²⁰⁷

As discussões são suspensas até 1808 com o afã de que se pudesse reduzir a simpatia pelos jurados. Na primeira sessão, em 23 de janeiro, a tônica sobre a dúvida da manutenção do júri se mantém viva. Sua Majestade pergunta a seu conselheiro, grande jurista, e futuro arquitecancer do Império, Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, como havia trabalhado o júri nos últimos anos. Segundo ele, os crimes haviam se multiplicado, pois os jurados não condenavam o suficiente. Prontamente fora desmentido por Treilhard e Berenger, que, opostamente, sustentaram que os delitos haviam diminuído e que, sobretudo, não tinha havido nenhuma condenação injusta. Ao que rebate Cambacérès: o júri não possui “*le caractère de la nation*”. Com grande discussão entre Napoleão e Treilhard, mesmo com a negativa de sua Majestade, este observava corretamente “*qu’on y arrivera infailliblement et par la force des choses*”, se estaria restabelecendo a instrução secreta. Finalmente, o Conselho de Estado conclui que o júri será conservado. Aparentemente resolvida a questão, não faltará, em 2 de fevereiro de 1808, um dos adversários mais decididos do instituto, M. Jaubert, retomar o assunto e ressaltar que “*les anciennes institutions avaient des avantages formels sur cette institution moderne*”.²⁰⁸ Napoleão parece persuadido, pois afinal é um preço razoável conviver com o júri, desde que a instrução venha com a mão pesada e fiel à *Ordonnance*.

No emblema de sua nomenclatura já aparece o falso, ou melhor, a primeira de várias burlas, dos engodos que se empilharão e se empulharão reiteradamente, mesmo com outras vestimentas, noutros códigos e noutros países, sob os mais diversos tons, a

²⁰⁶ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 490-491.

²⁰⁷ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, p. 514.

²⁰⁸ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 521-523.

esconder sem maiores escrúpulos o seu mais fiel dom, acobertar seu estilo inquisitorial. A valência de permanecer hígida sob nítida metamorfose é que demonstra o notável poder de sua lógica. “*Instruction*” significava o debate diante dos jurados, mas sob as novas formas designa os atos realizados pelo juiz-instrutor. Processo bipartido: instrução, agora com sentido invertido, e debate em juízo, “*qui sopravvive la giurìa, i cui fautori, soddisfatti, hanno lasciato mano libera ai reazionari nell’altra metà: spartizione ineguale, considerato l’effetivo peso delle due fasi.*”²⁰⁹ Sobretudo a lógica inquisitorial retorna com força total na instrução. O juiz-instrutor trabalha sozinho, alheio a qualquer contraditório, elabora a matéria probatória que apenas será lida depois dos debates, quando se impõe um golpe de cena de disputa.

*“L’idée d’un équilibre parfait entre les phases du procès justifiées par des finalités différentes doit naturellement être nuancée. Faute d’une réelle symétrie entre les deux phases, faute surtout d’une séparation suffisamment nette des pouvoirs entre les fonctions de poursuite, d’instruction et de jugement, les logiques antagoniques tendent à rétablir le modèle d’inquisition dans la position de monopole qui était jadis la sienne: avant que le jury ne tranche par son verdict un débat contradictoire et public, il est donné au préalable à l’accusation pour établir son dossier de larges prérogatives de puissance publique sans commune mesure avec celles dont dispose de prévenu.”*²¹⁰

O segredo e a escritura regem o labor do instrutor (arts. 71-86), o acusado não sabe o que lhe virá, e estes autos é que pesarão sobre a decisão (o art. 318 previa o registro em ata das variações entre os testemunhos nos dois momentos; ancorado o rito no amplo uso das leituras, tal como posto no art. 365 do antigo código Merlin). A única diferença para a *Ordonnance* de 1670 é que se permitem testemunhas à defesa. Inquisição e espetáculo acusatório juntos, como se esta distribuição pudesse dar-se senão aparentemente. Do labirinto da instrução para o debate, o caminho é curtíssimo e o contraste completo. Dirá Esmein:

*“Si, après la procédure devant les juridictions d’instruction, on considère les débats devant les juridictions de jugement, le contraste est complet. On passe de l’obscurité au plein jour. La procédure était secrète, écrite, tournée tout entière du côté de l’accusation et ne laissant même pas à la defense le droit de contradiction: ici tout est publicité, débats oraux, libre défense et pleine discussion. D’un côté, ce sont les traditions de l’ordonnance de 1670.”*²¹¹

²⁰⁹ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 65.

²¹⁰ SALAS, Denis. *Du procès pénal*, p. 154.

²¹¹ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, p. 539.

Com esta formatação, então, nasce em 17 de novembro de 1808 pródigo *modelo misto*²¹², que se imporá daí por diante na tradição dos códigos criminais europeus juntamente com os seus satélites americanos, como no Brasil. “*Mostro de due teste*”. Instrução secreta, trabalho dividido que apenas vinha dobrar forças na persecução. Cume da habilidade jurídica no clima do Império, o senso autoriário sepulta qualquer entusiasmo da Assembleia Constituinte.²¹³ Extensas instruções em estilo inquisitório, com debates orais ao final – um bom preço a ser pago pelos partidários da *Ordonnance*, suportável contrapartida para a restauração instrutória.²¹⁴ Sobretudo, pode-se resumir o trajeto descrito, com pouca margem para equívocos, desde a presença de uma reforma via revolução abortada, após uma espécie de recuo estratégico da lógica inquisitiva para que se tornasse possível, em posterior momento, a metástase de sua estética reconfigurada.

Parêntesis: Réquiem sobre a Transmissão do Objeto Institucional

Tendo tudo como assentado e adquirido, desde os diversos momentos nos quais nos propusemos a surpreender a dinâmica voraz e permanente da inquisitorialidade em suas variadas matrizes, é-nos permitido afirmar, desde já, que o discurso da

²¹² Resume de forma preciosa, Cordero, o movimento desde o arejamento advindo com a Revolução Francesa até o refluxo autoritário napoleônico: “*A proposito di strutture ereditate dal passato. Negli ordinamenti europei, in un’epoca che si svolge dalla rivoluzione francese, è avvenuto qualcosa di molto importante: l’apparato inquisitorio appariva incompatibile con il mutato assetto dello Stato; le nuove ideologie imponevano di congegnare il processo in tal modo da consentire un’effettiva tutela del cittadino. Ma le tradizioni lasciano un residuo vischioso di abitudini mentali e questo è il presumibile retroscena psicologico dell’espedito di cui ora si parlerà. Anzichè riformare il processo, lo si è sdoppiato: a un procedimento senza contraddittorio se ne è aggiunto un altro in cui è ammessa la disputa, e dalla somma dei due è venuta fuori la simbiosi che si suol denominare «processo misto». Il primo, affidato ad un giudice istruttore; è stato denominato «istruzione»; per il secondo si è escogitato il nome «dibattimento». L’uno volto a operazioni segrete documentate per iscritto (il senso religioso del verbale, tipico dello stile inquisitorio, è un prodotto di cautela, diffidenza, scrupolo esasperato); l’altro inteso a far rivivere i fatti descritti nei protocolli dell’istruttore. Si è vantato il compromesso come un felice prodotto d’intelligenza combinatoria; (...) una finzione di procedimento accusatorio. Infatti, (...) tutto dipende dal valore che compete ai verbali dell’istruttore. (...) il giudice decide in base a quanto un altro magistrato dice d’aver appreso segretamente: nel risultato (...) non si vede una grande differenza con i metodi di Valdés e Ximenes.*” (CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1966, pp. 168-169).

²¹³ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 73-74.

²¹⁴ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 66-67.

modernidade penal não fez mais do que (r)elevar a outra instância o modelo de defesa social ilimitado do medievo, com a impossível tarefa de impor limites a uma prática punitiva que ele mesmo legitimava, revigorando a expansão punitiva do modelo inquisitivo. Também, na mesma toada, podemos supor a congruente resposta negativa à pergunta dirigida propriamente ao fato de o novo jusnaturalismo antropológico da modernidade ter representado uma ruptura com a antiga lógica. As reformas no XVIII no discurso penal estiveram longe de lograr exorcizar a lógica inquisitorial da cultura penal.

Neste aspecto, vê-se que é da grande obra do *Poder* – algo, pois, como sua ciência perpétua que programa o *desejo de submissão – fazer-se amar*. É o que indica algum percurso atinente à *Transmissão do Objeto Institucional*. O instrumental *dogmático* opera pelo meio da *crença no amor*. Souberam os aparatos da inquisição muito bem utilizar-se da deformação do mito do amor para nutrir sua *psicose paranoide cultural*.²¹⁵ O *Poder* toca o nó do *desejo*. Por isso nos ajuda o discurso freudiano, com a ajuda de Legendre, a perceber o quanto o estudo da *instituição*, em especial na formação da crença no poder na Europa medieval, consolidou o sistema jurídico e sua função dogmática de instrumento político de submissão. Penetrar na camuflagem dogmática para observar o fenômeno institucional habilita notar as continuidades desde o renegado sepultado do medievo. O estudo do envoltório do *dogmatismo ocidental* permite observar o modo de operar comum da cobertura jurídica do esquecido medievo prolongado na modernidade:

*“En verdad, todo ataque dirigido contra el oscurantismo es impresionante por lo que nos oculta y el rechazo de los medievales fuera de la modernidad (desde el punto de vista del discurso sobre el Poder) sigue sendo una extraordinaria trampa. Si no lean a Kafka: el glosador reaparece allí con toda sus letras y viene a ordenar la descarga de fusilería. Fin de la risa sobre la Edad Media, de sus técnicas del oscurecimiento, siempre eludidas, siempre presentes. Habrá que desbaratar este ‘quid pro quo’.”*²¹⁶

A composição atual do *Poder* não poderá abrir mão de retomar os extratos renegados da Idade Média clássica, que foram cortados e desviados artificialmente pelo discurso dos tempos modernos. O desafio de Legendre, o qual acompanha-se, será o de

²¹⁵ BYINGTON, Carlos Amadeu B. “Prefácio – O Martelo das Feiticeiras – *Malleus Maleficarum* à luz de uma Teoria Simbólica da História”. In: *O martelo das feiticeiras*. KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. Tradução de Paulo Fróes. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991, p. 20.

²¹⁶ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 15.

descobrir alguma generalidade do acesso *dogmático* pelo saber medieval ignorado. O discurso canônico da Idade Média guarda profundo alcance conosco, e o *dogmatismo* que se reproduz atualmente nos meios sociais encontra ali uma linha de geração privilegiada.

A ciência dos juristas medievais pode nos oferecer a ordem da *censura* ocidental em seu estado bruto. São os escolásticos que, desde os acordes canônicos, definem o campo referencial (leis humanas ao invés das leis divinas) e principalmente quem profere a Palavra legítima (Imperador romano ao invés do Pontífice) passando a firma dos clérigos para os laicos.

A configuração moderna do poder não pode deixar de passar pelas figuras deixadas pela teocracia pontifical.²¹⁷ O conjunto do direito canônico erigido na Idade Média não pode ser isolado da figura simbólica do pontífice que se mostra ali no lugar do outro ausente. Representante onipotente do monopólio da palavra, funda a crença, pelo dogma do amor certamente, entretanto operando no imaginário uma espécie de delírio. Sem maiores dificuldades, o que se arma são as necessárias ilusões sem as quais adiante o discurso do sistema jurídico não será nada²¹⁸. Abre-se um campo do poder certo e impecável. Não se perca de vista que se trata destes delírios, próprios da lógica de uma crença que permite fundar toda a *instituição* e impor a todos a sua mesma versão: “*Qué es pues el inventario del Derecho, si no la Palabra escrita del Padre imaginario?*”²¹⁹

A partir disso se vê como a questão religiosa está no âmago da instituição ocidental e não pode ser afastada. Os enunciados canônicos é que fornecerão os aportes *dogmáticos* de toda *instituição*. Interessa, sobretudo, observar a questão do espaço sagrado, ideal e absoluto do poder que se liga fundamentalmente à *instituição*. “*La institución se relaciona ante todo con el espacio de la letra muerta (...) es una palabra portada.*”²²⁰ E será o *texto* que enunciará um *mito* que liga a *instituição* à sua verdade.

Estamos às voltas, pouca dúvida resta, com algo ligado à ordem da *censura*, que cumpre uma função vital de mascarar a verdade, dirá o texto freudiano largamente

²¹⁷ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 70.

²¹⁸ LEGENDRE, Pierre. *El Inestimable Objeto de la Transmisión: Estudio sobre el principio genealógico en Occidente*. (Lecciones IV). Traducción Isabel Vericat Núñez. Madrid: Siglo Veintiuno, 1996, pp. 11-16.

²¹⁹ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 78.

²²⁰ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 69.

discutido: se joga por conta de *outra cena*. Assinale-se que o *simbólico* é situado nesta faixa de simular o verdadeiro conflito. É de relevância para o nosso trabalho um ponto de vista que investigue o funcionamento da *ordem dogmática*, referências que obrigam relacionar elementos que procedem da intersecção da neurose e da Lei social. O estudo do regime das crenças políticas passa pela análise da lógica da submissão. A análise da lei, quando tomada como um símbolo que desempenha uma função numa ordem institucional, ganha contornos mais ricos. Assim, o trabalho do jurista acaba se tornando “*el arte de inventar las palabras tranquilizadoras, de indicar el objeto de amor en el que la política ubica el prestigio, y de manipular las amenazas primordiales*”²²¹. O essencial está na operação da crença social pela representação imaginária do objeto de desejo, em que se pode difundir a articulação da *Regra* e designar o inimigo. Por isso a importância, para se aventar a genética institucional, do texto canônico medieval que plantou radicalmente o “*fazer-crer*”²²². Fazer amar é o mote, aí o poder fundamentador da crença.²²³

A *instituição* latina é o nosso vetor de exame. Por ela se comunica uma regra social. Poder-se-á, desta monta, sacar argumentos da psicanálise para envolver esta mitologia do Ausente e tocar a crença no poder de um Todo-poderoso, quer dizer, verificar como funciona uma Teologia do chefe; enfim, como se toma o sujeito pelo seu desejo. O laço religioso instalado pela escolástica não foi superado, sim reproduzido desde então. Ele ajuda a dar os traços dos delírios subjacentes nas posições sociais fanáticas dirigidas a um inimigo.

Entrar na economia de um sistema textual é questionar a função da *censura*, vocábulo canônico tomado dos romanos a partir da Idade Média e que remete a uma pena para curar a alma. Pouco precisa se dizer para acompanhar o quanto o sistema jurídico o utiliza para formar o mesmo amor pelo Poder. A Lei, que desvia o desejo e funda a *instituição*, dota esta instância de onipotência. E a suposta ruptura vista pela progressiva laicização apenas logra manter o lugar do velho repertório. A censura do

²²¹ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 25

²²² LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 29.

²²³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal”. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, pp. 48-49.

passado encontra refúgio na *instituição* e faz retornar sempre o Poder como bom, sempre com técnicas novas.²²⁴

O dogmatismo medieval vale ser discutido pela camuflagem primordial de transformar o *texto* em autoridade. O começo de qualquer jogo *institucional* está em afirmar uma única verdade, dita em nome do *texto*, por um *intérprete* qualificado. Foi assim com o *corpus iuris civilis*, de importância inolvidável quando resgatado no medievo pelos clérigos, alçado a fundo de reserva da autoridade que se submete e se prossegue por reverência. Signo de autoridade e discurso primordial em que se articulou a *instituição* e, sobremaneira, um grupo de saber reservado à defesa dele.

*“Se puede señalar que esta creencia absoluta en la única sede del Poder, sede de la autoridad y que dispone así de una jefatura universal, coincide con una alteración de los significantes originarios, procedimiento del que el dogmatismo necesariamente hace máximo uso.”*²²⁵

O que está escrito será a Lei, em que reside o absoluto da *instituição*. Para reafirmar a *crença* no senhor, há o ritual, manobra do jurista para tornar o texto discurso: laço entre *dogmatismo* e *instituição*. A manutenção da verdade da *instituição* se dá pelas formas. Como na inquisição, uma liturgia da submissão se impunha como lógica, não necessitando alguma fabulosa maldade do inquisidor.

O processo, com sua lógica figurativa, trata-se, indubitavelmente, de uma magistral invenção da escolástica do medievo, sobre a qual a ciência jurídica mereceria melhor se debruçar. Como dito, havido o renascimento do direito romano na Idade Média, recuperando-se as práticas da antiguidade do império romano, o que se reconfigurou, estritamente, foi o processo, agora colocado como questão de escola. As liturgias e o ritual, afastados os juízos “bárbaros” simbólicos de Deus, são transformados pelos conceitos do *corpus iuris civilis* unidos às produções escolásticas de profundo cariz canônico.

Mas o que passaram a representar efetivamente estas novas operações processuais reveladas no ocidente medieval a partir da transformação do teatro mágico das ordálias? O principal interesse, segundo Legendre, da liturgia do processo é

²²⁴ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 47.

²²⁵ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 95.

precisamente organizar a *dramatização da Regra*, mostrar como a *instituição* se comunica com o seio da sociedade.²²⁶

É desta forma que se pode ter alguns elementos agregados para compreender a teatralidade do processo e sua produção impessoal de poder.²²⁷ Afinal, todos os atores assumem papéis variados: não se adentra nele de qualquer modo. O exemplo da inquisição é, para o momento, o mais destacável. Percebe-se ali que, mesmo no caso da tortura, já examinada – prática resgatada do direito romano para o caso dos escravos chamados para dar um testemunho –, entrando em cena, entretanto, nada poderia se desenvolver que não tivesse sido previsto, com etapas, graus e finalidades. No começo, escrito no *Manual dos Inquisidores*²²⁸, os inquisidores não torturavam com medo exatamente de cometer irregularidades, o que ficou a cargo, segundo a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, dos juízes leigos. Mas, devido ao pouco sigilo com que se tratavam os domínios da fé nos tribunais leigos, os inquisidores foram chamados a assumir a tarefa. Para manter-se o segredo, confiou-se ao inquisidor e bispos a condução do procedimento e, como na maioria das vezes, nestes casos, não se levava até o fim sem recorrer à tortura, para que não tivessem a necessidade de recorrer aos juízes leigos, determinou-se, desde Urbano IV (*ut negotium*), que ambos, inquisidor e bispo, poderiam se livrar, mutuamente, das irregularidades que cometessem através da aplicação da tortura.

Logo em seguida, no mesmo compêndio, ao trazer os cinco graus de tortura (pau, cordas, cavalete, polé, brasas), que “*são conhecidos por todo o mundo*”, bastaria consultar Paul Grilhard e Jules Clair, destaca o *Manual* que o direito canônico não estipulava qual o tipo de tortura aplicar, ficando aos juízes sacar o mais apropriado para confissão no caso, “*de acordo com a posição social do réu e o tipo de indícios*”.

²²⁶ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 121.

²²⁷ “*En consultant les traités scolastiques de procédure, si directement inspirés de l’idée même qu’un procès est un dispositif rhétorique pour solenniser le discours dans cet espace des adresses au λαός [pessoas], on peut relever l’insistance à décrire la mise en scène qui, en fait, poursuit l’accomplissement final du montage: produire une proposition impersonnelle du pouvoir; j’emprunte cette expression: ‘dictum impersonale’, à une célèbre citation dans la littérature médiévale des étymologies, citation reprise par un petit traité très clair du XII siècle, qui définit excellemment la fonction de tous deux qui, dans un procès, ont à parler. La sentence du juge, voilà le produit final; le juge lui-même nous est présenté ‘come fonction’, la fonction de justice (rappelez-vous la définition du Digeste sur la justice), fonction qui consiste à rendre efficace la divine référence.*” (LEGENDRE, Pierre. *L’Empire de la Verité: Introduction aux espaces dogmatiques industriels. (Leçons II)*. Paris: Fayard, 1983, p. 179).

²²⁸ EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*, p. 209.

Importa, ademais, ver que o *Manual* pregava que não devia o inquisidor inovar nas práticas, devendo ficar adstrito àquelas que, “na sua sabedoria, os juízes sempre admitiam”. A crítica, pois, estava aos que se punham a imaginar outras modalidades de tormentos. “Quanto a mim – dirá o comentador do livro – se quiserem a minha opinião, direi que esse tipo de erudição me parece depender bastante do trabalho de carrascos mais do que de juristas e teólogos que somos”.²²⁹

Os exemplos deste direito processual penal explicitam o ponto nevrálgico, diz Legendre, da disposição *dogmática* das situações descritas. Desnecessário encontrarmos verdugos destinados patologicamente a implementar dor simplesmente, a lógica é mais profunda. Pouco ajuda qualquer ridicularização ou algum sadismo para entender o quadro. A ingenuidade da análise restrita à maldade dos inquisidores perde o que há de essencial ali:

“es absurdo considerar las producciones de la Escuela, como si se tratase de contar la fabulosa maldad del inquisidor medieval a los sonrientes súbditos de la institución moderna. En lo que respecta al orden del ritual para la censura, el casuista del siglo XIII (así como el inquisidor en el proceso contra la herejía) no puede nada (...) imaginar el alcance canónico de su barullo. (...) la liturgia de la sumisión se impone en lógica y fabrica sus gestos tranquilizadores (tranquilizadores para la masa de súbditos), disfrazados bajo la ‘Ratio’ (...), pero siempre en un discurso de lo sagrado.”²³⁰

Pouco notado isso, isolaríamos as práticas perversas num tempo e espaço precisos, particularmente sob sujeitos portadores de um mal, simplesmente cegando a estrutura tirânica que subjaz e pode espreitar permanentemente o corpo social. Desde pronto, a mentalidade medieval nunca se pôs agonizante. O *imaginário dos inquisidores*²³¹ sempre está a iluminar, sob outras vestes, os encontros de uma atmosfera de paranoia coletiva pronta a ostentar-se. Desejos reprimidos, deslocamentos e projeções apenas anunciam os bodes expiatórios que serão alçados ao centro do drama dos sistemas de descargo punitivo.

²²⁹ EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*, pp. 210-211.

²³⁰ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 105.

²³¹ PICCINI, Amina Maggi. “Visão Psicanalítica do Imaginário dos Inquisidores e das Bruxas (*Malleus Maleficarum*)”. In: *Inquisição: ensaios sobre mentalidade, heresia e arte*. NOVINSKY, Anita; TUCCI CARNEIRO, M. Luiza (orgs.). Trabalhos apresentados no I Congresso Internacional Inquisição/Universidade de São Paulo, Maio 1987. São Paulo: EDUSP, 1992, pp. 72-93.

Eram as exceções múltiplas que inundavam uma regulamentação tradicional de um processo “culto”. De forma alguma havia o desconhecimento quanto à igualdade de posições neste processo tradicional. Mas a própria ordem é que era transgredida *absoluta, regular e reguladamente*. Ao invés de normas arbitrárias ou gratuitas, tudo era cuidadosamente descrito, codificado e integrado, ainda que profundamente cruel: “*el dogma jurídico permanecía pegado a su mito sublime [Justiça] y bloqueado por su lógica; toda institución excluye por hipótesis al Mal.*”²³²

Para tanto, com o fito de descortinar aquilo que da *Lei* no processo penal se explica, devemos voltar às representações originárias da Idade Média, essenciais até hoje para a tradição ocidental. Em especial no ambiente latino, o procedimento é um jogo ritual e constitui a invenção de uma técnica para tomar nas mãos os súditos sob seu poder ou para recuperá-los a sua égide. A posição lógica em que estaria disposto o juiz, sujeito processual, para além do interesse das partes, simbolicamente, quando colocado numa engrenagem hipertrofiada de poder, é invadida pelo seu privilégio da relação mítica que ele detém com o *texto*, como representante da *Lei*, aflorando de maneira incontrolável. Assegurar a sua posição lógica em favor daquilo que nunca se apaga, seu local de apoio mítico – a última palavra é questão de *Poder*, pois dispõe da *Verdade da Lei*²³³ – é atentar para sua máscara sacerdotal herdada, representante do *Todo-poderoso ausente*, que a instituição medieval tão bem revelou.

Com isto se percebe a função *política* que o ritual da *confissão* desempenha(va) no contexto e será utilizado fartamente. Não como um sentido final fácil para a tortura. Mas como meio de velar, mais que por uma verdade do procedimento, pela *Verdade* mesma da submissão ao *poder único*.²³⁴ O discurso canônico, enquanto palavra única derivada do pontífice, serviu para fundar a *crença* da procedência da submissão. Uma espécie de ilusão, delírio de autoridade imposto a todos, que funda toda a *instituição*, jamais se esquecendo do diferencial privilegiado dos sentimentos de amor que a tudo encadeia. A *confissão*, cooptando o desejo e libertando o confesso, reafirma a submissão e a autoridade da verdade.

Maquinaria capaz de produzir vigilância e submissão, tal como numa cena de sacrifício, que cede à *instituição a ordem do seu desejo*. Melhor dito, a economia da

²³² LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 123.

²³³ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 124.

²³⁴ LEGENDRE, Pierre. *La 901 Conclusion: Étude sur le théâtre de la Raison*. (Leçons 1). Paris: Fayard, 1998, pp. 69-78.

confissão representa uma técnica de adestramento desde um processo simbólico que se utiliza da *falta essencial* para fundar a crença no Poder, por meio da *instituição*. Permanece ela como meio mais que apropriado para explorar o sentimento de culpa, desde a repressão do gozo, muito bem instado pelo discurso jurídico do ocidente e suas raízes canônicas. O papel do confessor, diretor da consciência, melhor, terapeuta do sagrado, está em obter a submissão mediante a palavra tranquilizadora. O código escolástico já bem o dizia.²³⁵ O ritual canônico, tão bem transportado adiante, impõe ao penitente sempre ao final a obtenção da liberação do *Mal* por uma palavra de *amor*, sem antes fazê-lo ceder em seu desejo em favor da *Lei* representada pela *instituição*. Cede em seu desejo em favor deste *Outro*. A captura está feita. Uma doutrina prática do alívio se anunciava e que, até hoje, não para de se revolver; mas, sobretudo, da onipotência e da submissão:

*“dicho confesor recibió ese cargo que consiste en castigar al delincuente-pecador por medio de una asociación simple y natural: el sacerdote-juez aparece como sustituto del Padre todopoderoso; castiga porque se considera que solo él puede saber la verdad del deseo y la gravedad de la falta subyacente. Solo él, pues, puede aliviar el alma enferma del sujeto, pues enuncia la Ley al enunciar la Palabra-que-cura.”*²³⁶

Não por acaso isto nos permite reconstruir o trajeto de alguma *instituição* contemporânea, desde o campo escolástico, sobremaneira, a partir do sublime amor ao Poder herdado dos canonistas. A análise desta função nos invoca a investigar o que seria às nobres e superiores sociedades modernas uma mera desdenhosa tarefa de museu. O movimento de secularização na Europa²³⁷ se tentou desfazer os laços da *instituição*

²³⁵ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 127.

²³⁶ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 180.

²³⁷ Eclipse do sagrado, autonomia do profano, privatização da religião, retrocesso das crenças e práticas religiosas, mundanização das próprias Igrejas – todas estas expressões apresentam alguns dos múltiplos sentidos de secularização. Mas, ainda que as relações entre Deuses e Césares na Europa conduzam a um mosaico de significações, não há que se perder que a laicidade, em especial no caso francês, é apenas um dos fenômenos da secularização que nem sempre se restringirá àquela forma. Hipótese aplicável aos países católicos: “*se toda a laicidade é uma secularização, nem toda a secularização é (ou foi) uma laicidade e, sobretudo, um laicismo.*” Este último termo (laicismo), muito mais além da neutralidade e da indiferença estatais quanto às crenças religiosas da laicidade, concerne às reivindicações políticas, de direitos de cidadania, “ações positivas”, marcadamente no início em sede de ensino. A laicização, em diferentes graus, se desenvolveu nos países católicos, isto é, onde a Igreja se elevou a instância totalizadora, entrando em concorrência com o Estado, enquanto a secularização progrediu mais intensamente nas áreas protestantes, onde houve uma progressiva e simultânea transformação da religião e das diferentes esferas da realidade social. Cf. minucioso e profundo estudo acerca do tema em CATROGA, Fernando. *Entre Deuses e*

moderna com a Igreja e seu direito pontifical, por certo não logrou êxito em destruir o edifício teórico do direito romano²³⁸, o que bem veio ilustrar o jogo de máscaras da fundação do estado napoleônico: “*más Terror y más Ley, tal sería de algún modo la nueva máxima de los nuevos canonistas fabricados a la moderna.*”²³⁹ Se a sociedade perdeu com a intriga medieval, os modernos acabaram enobrecendo a velha função, por exemplo, com um novo remédio, a polícia, e seu estreito caráter teológico.²⁴⁰

A linha de continuidade consistente, ainda que em alguns momentos de forma sutil pareça submersa, quando falamos de um traço comum do medievo, em especial quanto ao processo penal dos materiais de trato inquisitorial puro até a *ordonnance* de 1670, passando às camuflagens cínicas pós-revolução francesa, toda esta flagrante permanência de veia autoritária, apenas vem ser mais aclarada no próprio saber legalista da França napoleônica que demonstra sua cumplicidade e identificação com o modelo dogmático tirânico.

Legendre relembra que estes famosos artífices dos códigos foram maravilhosos manipuladores das máximas, entretanto acabavam por anunciar a referência nunca esquecida do ocidente: voltaram a representar o direito romano reconstruindo a pátria das leis. Lógica mantida: “*Napoléon recreó a un Justiniano imaginario, personaje simbólico venerado incluso por los medievales, constructores del Derecho canónico pontifical. Los Códigos trazan la figura perfecta del Libro de la Ley, una forma estructural.*”²⁴¹ Trocados os rótulos, restauradas as engrenagens, a plataforma dogmática mantida agora não mais pelos escolásticos, pelos padres latinos e seu direito pontifical embebido nos romanos, mas como dignos sucessores, os talentosos juristas burgueses. Resguardou-se a simbólica de um assistente supremo, teatralidade de um dogmatismo não mais localizado na Igreja, mas na figura do Estado: Pai imaginário

Césares – secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica. Coimbra: Almedina, 2006 (cit. p. 273).

²³⁸ LEGENDRE, Pierre. *Le Désir Politique de Dieu: Étude sur le montages de L'État et du Droit.* (Leçons VII). Paris, Fayard, 1988, pp. 235 ss.

²³⁹ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 215.

²⁴⁰ O incontestado fundamento religioso da Polícia é profundamente exposto, segundo Legendre, desde o *Tratado da Polícia* (1705-1710), de Nicolas Delamare, principalmente quando, em sua ideia geral, relembra que os legisladores gregos deram o nome de polícia ao seu Direito público, pois haviam conhecido os livros de Moisés, e dali extraíram suas principais leis. Enfim, os gregos deviam a essa república dos hebreus (estabelecidos sob às ordens de Deus e conduzida sob o Espírito Santo) todas estas sábias instituições, que haviam levado a Polícia a este alto ponto de reputação (LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, pp. 299-302).

²⁴¹ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, pp. 216-217.

agora projetado na Pátria – novamente a alusão verídica do amor ao sagrado sendo vivificada.²⁴² O amor ao Estado passa pelos auspícios da devoção à Lei, antiga palavra do pontífice. A teoria do *saber magistral* se conservou intacta: “*los que enuncian la lógica habitan un lugar místico*’.”²⁴³

Adiantando algo de resumo, nem se precisará rememorar, tal como examinamos antes, o esquema não aleatório das ideias processuais burguesas quanto à instrução dos suspeitos e sua íntima relação nos códigos com as sutilezas dos confessores clássicos. Da regra laica ao modelo religioso, ou ao inverso mais propriamente, o que se passa não foge da identificação permanente que deve ser feita de estilos, mais ou menos novos, categorias supletivas que tratam de uma mesma figura sublime absoluta.

Importa investir, vez mais, na constância inquisitorial do discurso. A transposição do medievo para a aurora da modernidade não pode ser desconsiderada diante da permanência do modelo inaugurado ao menos pela escolástica. Lançar mão deste tipo de interpretação pode, de fato, ser como tocar pianos com o martelo, para usar a belíssima metáfora de Legendre²⁴⁴. Tudo isto em grande parte pelo ponto de vista dos juristas que resistem ir àquela zona de uma ciência infernal do medievo. Esforço interpretativo subversivo de enorme valia, para além da familiar fronteira designada como infranqueável pela tradição ocidental moderna. Se o inquisidor realizava uma função aportada pelo vigor salvacionista da *instituição*, “*no es razonable ridicularizarle, pues no puede entender la crítica*”²⁴⁵. Imperdoável será tomar ao pé da letra as modernas doutrinas da salvação laicas, estas boas tiranias modernas, alheias ao projeto da escolástica medieval, sem ao menos atentar para esta profunda combinação da tradição da *instituição* ocidental.

²⁴² De forma resumida, a *função parental do Estado*, segundo Legendre, não é outra coisa senão um *exercício do poder de fundar*, inerente à estrutura universal da organização da humanidade enquanto espécie dotada de linguagem. “*Ce pouvoir de fonder, qui se manifeste d’abord politiquement sous la forme du discours souverain par lequel un État, quelle que soit sa nature constitutionnelle, se présente sur la scène universelle comme étant lui-même fondé à parler (en tant que sujet de fiction reconnu), peut être défini: c’est le pouvoir de maîtriser le principe normatif à sa source, c’est-à-dire d’assumer la Raison des catégories à travers lesquelles se reproduit l’animal parlant, de garantir la reproduction des catégories elles-mêmes, en un mot de rendre possibles les filiations par des montages adéquats – les ‘montages de la causalité symbolique’.*” (cf. profundamente LEGENDRE, Pierre. *Les Enfants du Texte: Étude sur la fonction parentale des États*. (Leçons VI). Paris: Fayard, 1992; citação p. 277 e LEGENDRE, Pierre. *Le Désir Politique de Dieu*, pp. 271-287).

²⁴³ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, pp. 111-112.

²⁴⁴ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 9.

²⁴⁵ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 32.

A partir disto é que se constatará a (re)configuração constante da estrutura penal repressiva desde a lógica inquisitória. Não que se queira identificar uma regra despreocupada com as nuances e mudanças ao longo das épocas, mas surpreender as formas, novas ou não, de manifestação, atuação e funcionamento, no plano discurso e nas práticas cotidianas, de *inquisitorialismos* das mais variadas espécies. A potência desta leitura estará longe da fraca oposição entre modelos democráticos (acusatórios) e totalitários (inquisitórios), como várias vezes se afirma, contudo preocupada em permitir ir a fundo nas tensões, nos nós, presentes da vivência comum impura entre estas ideias. Observar o que há de sagrado no Poder é, quiçá, adquirir a capacidade de visualizar estes espaços absolutos em que se inventam as proposições dogmáticas, espaço este que se liga a alguma *instituição*. Cabe aí constrangê-lo.

A montagem dogmática que se implementou no medievo, desde o direito canônico, transplantado via processos de secularização ao Estado laico, passa pela transposição de algum local sagrado, guardado por seus representantes e glosadores, que porta em si a suspeita das engrenagens fechadas autossuficientes e tirânicas. Via processo penal e seu ritual, reatualizam-se estas relações de submissão e permanência do posto soberano, o que se pode ver desde o movimento inquisitorial e adiante da consolidação do estado napoleônico. Por certo, atravessando as questões tópicas, as classes dos dogmatismos e a busca por suas teatralidades e seus sistemas retóricos profundos de conservação não se devem deixar esquecer.

Recurso de grande riqueza é o exame do fenômeno institucional que se instala em cada sociedade, que permite o exame das diversas modalidades da *função dogmática* que é manifestada pelo manejo dos símbolos em cada procedimento de tirania. O *bom* tirano, afinal de contas, é portador da grande promessa de que o Poder nos ama. O aviso de Legendre não se afasta e proclama a atenção aos delírios e fantasmas da miríade institucional apoiados na atualidade justamente pelos “*desenhos infantis*” e “*quadros esquizofrênicos*”.²⁴⁶ Uma teoria analítica da instituição que se empreende, em que se articulam o fato clínico e a realidade social, nunca indissociáveis, maneja com estes pontos sensíveis das mais diversas tiranias modernas. A *instituição* cerrada se conserva,

²⁴⁶ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*, p. 282.

devendo descobrir-se seu novo giro, não obstante a sua evocação velada noutros termos – investigar incessantemente o mito originário absoluto que nela se repete.²⁴⁷

O *amor do censor* é uma noção valiosa que deve ser entendida como aporte libidinal que estrutura as crenças, pois toca o nó do desejo.²⁴⁸ Isto permite perceber o direito como articulador de técnicas que promete, sob a ameaça da (in)segurança, a paz social nunca havida. E, aos cavaleiros da vã plenitude, caberá dizer aquilo que é bom para os demais, já que o amor mantém a crença pela palavra do Poder.²⁴⁹ Não raro, assim, os sedizentes “cumpridores da lei” alienam-se apaixonada e subservientemente a um lugar ao lado do *Outro*, poder do líder que tudo pode. Identificam-se com a posição de não-faltoso.²⁵⁰ O desalento constitutivo de cada um sobre ele não se abate, crê piamente nos seus comandos normativos, enunciados em *Nome-do-Pai*,²⁵¹ dever do bom cidadão. É uma paternidade viva, que caberá melhor detalhar, que funciona como significante todo-poderoso, que permite evocar um relato legitimante inquestionável. “*Isto permite situar a lei como um lugar vazio, por onde circulam significações e alegorias, que fazem a lei falar*”.²⁵²

²⁴⁷ Aqui não se aduz, ainda que este ponto é que se frise, necessariamente que a noção de *Referência* seja equivalente à onipotência despótica. O que se pontua é a perversão e a utilização declinada, a propósito das montagens normativas, que um Terceiro Social pode ter para o sujeito. Identificação com este ponto zero, com este espaço *indisponível, fundador, limite*, em que não raro alguma economia genealógica se aloja, bem foram expostos estes efeitos pela escolástica medieval. O perigo estará sempre na “des-metaforização” desta relação por quem se ocupe do discurso do chefe (LEGENDRE, Pierre. *El Crimen del Cabo Lortie*: Tratado sobre el Padre. (Leciones VIII). Traducción de Federico Alvarez. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994, p. 169).

²⁴⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II*: A Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 82.

²⁴⁹ BARROS, Fernanda Otoni de. *Direito ao Pai*: a paternidade no tribunal e na vida. Vol 2. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.34 “*A crença no poder normativo do Estado tem sua matriz no amor a este lugar Ideal. É o amor que assegura a submissão, pois a palavra autorizada torna-se objeto de amor, de investimento, constituindo a estruturação de uma lógica que garante submissão e obediência às leis, amor ao chefe e ao censor. ‘Quod credimus, auctoritati’, ou seja, autoridade, o que cremos.*”

²⁵⁰ ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado*: Psicanálise do vínculo social. Tradução Cristina Carretero e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, pp. 47-78.

²⁵¹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei*: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Del Rey, 2001, p. 12. “*o pai, com efeito, opera na subjetividade humana ditando a sua Lei e autorizando àqueles que dele recebem o mandato a prescrever, em seu nome, as normas para os seres de ‘boa vontade’.* Não obstante essa constatação, adverte Lacan, *é como impostor que se apresenta para suprir o seu lugar aquele que pretende erigir a lei.*”

²⁵² WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II*, p. 79.

Capítulo 2.

A ESTRUTURA ÍNTIMA DO PROCESSO PENAL (BRASILEIRO) E A INSTÁVEL POSIÇÃO DO MAGISTRADO

“K. não conseguia explicar a si mesmo o que era aquela grande figura, que ocupava o centro do espaldar do trono e perguntou ao pintor o que significava. A figura ainda precisava ser um pouco trabalhada, respondeu o pintor; pegou um bastão de pastel de uma mesinha, passou um pouco pelas bordas da figura, mas sem com isso torná-la mais nítida para K.. – É a Justiça – disse finalmente o pintor. – Agora já a reconheço – disse K.. – Aqui está a venda nos olhos e aqui a balança. Mas com asas nos calcanhares e em plena corrida? – Sim – disse o pintor –, tive de pintar assim por encomenda; na verdade é a Justiça e a deusa da Vitória ao mesmo tempo. – Não é uma boa vinculação – disse K. sorrindo. – A Justiça precisa estar em repouso, senão a balança oscila e não é possível um veredicto justo. – Eu me submeto ao meu cliente – disse o pintor. (...) A visão do quadro pareceu dar-lhe vontade de trabalho, ele arregaçou as mangas, pegou o lápis e K. observou como, sob as pontas trêmulas desse lápis, se formava, junto à cabeça do juiz, uma sombra avermelhada, que se esvaía na forma de raios em direção à borda do quadro. Aos poucos, esse jogo de sombra rodeou a cabeça como um adorno ou uma alta distinção. Mas em torno da figura da Justiça ficou claro, com exceção de uma tonalidade imperceptível: a figura parecia avançar de uma maneira especial nessa claridade, quase não lembrava mais a deusa da Justiça, nem tampouco a da Vitória, agora se assemelha por completo à deusa da Caça.”

(O Processo – Franz Kafka)

O modo de operar quanto à (des)ordem discursiva no processo penal, principalmente quanto aos estilos de atuação política (na prova em especial) está assentado. Interessa a este nível da permanência inquisitiva voltar-se ao modelo brasileiro, vinculando-o à designação primeva quanto ao lugar do julgador como linha de força especial na montagem do regime probatório.

2.1 Breve Apresentação Histórica do Processo Penal Brasileiro

Qualquer abordagem que se queira minimamente responsável e condizente com o tamanho desafio de avançar sobre o terreno da história das ideias processuais penais,

em especial na esfera brasileira, deve perseguir com afinco as configurações, nem sempre nítidas e retilíneas, que se espreitam no modo de pensar inquisitivo e que conduzem o discurso penal. Para tanto, nada melhor que se colocarem dois níveis de análise: o primeiro, diretamente ligado ao antecedente legal inspirador do Código de Processo Penal Brasileiro (O Código de Processo Penal Italiano de 1930), com força de já antecipar e fincar o ponto de observação para, no segundo momento, podermos retroceder e vermos como se desenrolou a tradição processual penal brasileira até aí.

2.1.1 O Precedente Italiano

O disfarce do estilo autoritário ao longo da história processual penal tem grande profundidade. A metástase das antigas práticas possui os portões abertos. Em nada se duvida da ode ao modelo italiano de 1930, que se afirma com o CPP brasileiro de 1941. Nem seria necessário lembrar algumas filigranas da tradição totalitária que pode acompanhar o processo italiano já de algum tempo. Há mesmo um antecedente italiano ao próprio monumento da época pós-inquisitória, como assevera Cordero. Mania que teimará carregar o embuste de um “*gesto garantistico, gusto dell’ordigno complicato, eclettismo elusivo, fondo inquisitorio*”.²⁵³ Antes desta *simbiose monstruosa* de 1808, há o primeiro código expedido em Milão, confeccionado por Giandomenico Romagnosi, ícone, como afirmado, de um momento *sui generis* de viragem do discurso dito clássico para a aurora do viés positivista na ciência criminal, a bem que se diga, projeto apresentado a “*Eugenio Napoleone di Francia, Vicerè d’Italia, Principe di Venezia, Arcicancelliere di Stato dell’Impero Francese*” em 1807. Referido em abertura da publicação da obra que, quando o Código foi conhecido em França, Cambacèrés, além de ficar maravilhado com o trabalho do autor, dissera que, de fato, os italianos haviam criado um código perfeito. Ademais, via-se na apresentação do projeto algo como exposição de motivos feita por Luosi, claramente o ranço da *defesa social*:

“*Coloro i quali profondamente meditarono sulla natura delle umane istituzioni, avendo ravvisata nel delitto una violazione dei patti fondamentali della unione civile, giustamente riguardarono l’uomo che la commise, come costituito in istato di guerra*”

²⁵³ CORDERO, Franco. “Strutture d’un Codice”. In: *L’Indice Penale*. Rivista fondata da Pietro Nuvolone. Anno XXIII. Padova: CEDAM, 1989, p. 20.

contro l'intera società. Quindi posero in chiaro lume e giustificarono la necessità della 'coercizione', cui la forza pubblica deve assoggettar l'autore del delitto."²⁵⁴

Avançando ao século XX, poder-se-ia dizer, de maneira esquemática, que desde março de 1915, já se instaurara na Itália uma comissão para propor reformas ao código de 1913 (vigente em 1º de janeiro de 1914). Mas foi apenas dez anos depois, precisamente, em 24 de dezembro de 1925, que o parlamento concede a Alfredo Rocco, constitucionalista do incipiente regime fascista, carta branca para propor uma contrarreforma orgânica. A *mais fascista das reformas*, como assevera Bettiol, usou-se da estrutura autoritária em vigor para retomar a larga tradição do sistema processual misto, cujos precedentes, sabemos agora, fazem retomar ao *anciem régime* de Luís XIV. Abolidas as tendências liberais do Código de Processo Finocchiaro, as provas utilizáveis para os fins da sentença dos debates são recolhidas em segredo e sem o contraditório. Com um código não vinculado à atividade das partes, o Presidente do Colégio dispunha de todo meio de prova apto a procurar a “verdade material”, e a função do defensor acaba reduzida essencialmente a argumentar sobre as provas já antes adquiridas na fase de instrução pelo Ministério Público e pelo Juiz de Instrução.²⁵⁵

Não havia se passado quatro anos da delegação, sai do programa ministerial um projeto da labuta de Vincenzo Manzini, “*penalista dalla mano pesante, (...) nostalgico dei metodi inquisitoriali, uomo d'ordine*”. Marcantemente alheio à intervenção da defesa na instrução, explica Alfredo Rocco, agora Ministro da Justiça, que “*il contraddittorio ripugna ai «principi fondamentali del Regime»*”. A aprovada em 19 de outubro de 1930, vigente em 1º julho de 1931, “*Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini hanno soltanto sviluppato in logica quadrata l'assunto cripto-inquisitorio del vecchio*

²⁵⁴ ROMAGNOSI, G. D. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia con aggiunte e riforme al medesimo G. D. Romagnosi*. Terza Edizione – accresciuta dall'autore di vari articoli sulla giurisprudenza positiva penale. Prato Nella Tipografia Guasti, 1836, pp. V e XIII.

²⁵⁵ “*Na substância, portanto, o caráter autoritário do código Rocco, que se liga ao regime em que surgiu, e à precedente tradição, reconhece-se facilmente nos sistemas próprios do rito inquisitório, secreto das instruções, procura da verdade material, preeminência da magistratura inquisidor (Ministério Público) relativamente à defesa, não terceiridade do Juiz. Lembramos a respeito que esta qualidade não deve ser confundida com a genérica imparcialidade, isto é, independência do Juiz de outros poderes ou de outros magistrados, ou sua serenidade de ânimo. A terceiridade expressa, ao contrário, a posição de um arbitrador do juiz com respeito a uma lide conduzida pelas partes*” (BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Pílares, 2008, p.173).

testo, affossando impietosamente quel semigarantismo; non manca una rude moralità nell'operazione: ecco cosa significa 'processo misto', a essere coerenti."²⁵⁶

Com o ministério público agigantado, o instrutor quedando-se equiparado ao juiz, os defensores são praticamente aliados do processo, a detenção preventiva alheia a qualquer termo final, que “*spira autoritarismo fobico*”.²⁵⁷ Tudo tão grave e ferozmente contrário às garantias, centrado no labor oculto dos instrutores, com recursos limitados e nulidades absolutas eliminadas, que as próprias Cortes exitaram em aplicá-lo entre 1930/1940. Dirá Carnelutti que “*nem sua diretriz espiritual nem sua estrutura técnica estão à altura de uma verdadeira civilização*”.²⁵⁸

Sobrevive além do seu regime político, só vindo a ser algo reformado em 1955, passando a década de sessenta sob a base de microrreformas na linha “inquisitorial com garantias”, até um modelo pouco menos imperfeito vigente desde 24 de outubro de 1989.²⁵⁹ Mesmo que se guarde lugar apropriado para examinar o modelo italiano atual naquilo que interessa à produção da prova, há de se consignar desde logo que com poucos anos de vigência o novo código vem sofrendo reformulações parciais e inúmeras polêmicas interpretações, principalmente quanto à captação da prova durante o julgamento sem o devido contraditório e sem a preservação da oralidade e publicidade. Desconsiderando este mote que orientava o novo diploma vem levando parte da doutrina a afirmar que se vive a estranha situação de se ter passado de um *garantismo inquisitório*, criado a partir das decisões da corte constitucional adaptando velho código Rocco, a um *acusatório não garantido*.²⁶⁰ É sobre esta inspiração da década de 30, se

²⁵⁶ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 99-100.

²⁵⁷ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, pp. 84-87.

²⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Volume 1. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 60.

²⁵⁹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 69.

²⁶⁰ “(...) a pensare al lungo cammino delle riforme del processo penale, magari risalendo all'epoca in cui, quase cinquant'anni or sono, entrando in vigore la Costituzione repubblicana del 1948, il sistema processuale del c.p.p. 1930 mal si conciliava o non si conciliava con i principi della Carta costituzionale e, poi, delle Convenzioni internazionali, ratificate sucessivamente in Italia. (...) superando non poche difficoltà con la forte convinzione di tutelare i valori fondamentali della persona, si era riusciti a realizzare gradualmente un sistema processuale che, pure fondato su basi sostanzialmente inquisitorie, (...) teneva conto, purtuttavia, della garanzia individuale di libertà e di difesa dell'imputato. (...) A questo non breve e tormentato periodo, fatto di evoluzione ed involuzione, (...) è stato a ragione data la definizione di «garantismo inquisitorio». (...) con l'approvazione del «nuovo» c.p.p. del 1988 (DPR 22 settembre 1988 n. 447), entrato in vigore il 24 ottobre 1989 (...) sono ben note le ragioni del diffuso malcontento sull'esperienza di (...) applicazione del nuovo sistema processuale che, pur improntato originariamente all'attuazione dei caratteri del sistema

verá, que um regime de mesmos ares no Brasil implementa o novo código de processo penal.

O Código faz parte daquilo que é costume chamar de *legislação penal Rocco*, não apenas pelo nome do ministro da Justiça que a inspirou, Alfredo Rocco como dito, mas de Arturo Rocco, chefe da Escola Penal Técnico-Jurídica, que lhe dirigiu os trabalhos. Mas é sobre as folhas do *Tratatto* de Vincenzo Manzini que as razões orientadoras deste influxo se fazem claras. Na esteira do prólogo da tradução em espanhol de Alcalá-Zamorra y Castillo,²⁶¹ aliado à tendência antidemocrática escancarada no *Tratatto*, mesmo sendo obra de reconhecida riqueza informativa, um sentimento muito perceptível se extrai do escrito: o espírito antifilosófico o autor²⁶². Certamente o olímpico desprezo pela filosofia jurídica é ponto privilegiado de notar, o que descortina algum sentido da irmandade com Arturo Rocco, um dos representantes maiores, do início do século XX, da chamada reação tecnicista do direito aos influxos positivistas, e irmão do Ministro Alfredo Rocco.²⁶³ Para além da crítica que se resume a

accusatorio, sulla base dei principi della Costituzione e delle norme delle Convenzioni internazionali, ha finito per subire l'effetto «devastante» delle riforme parziali e degli interventi della Corte costituzionale, tanto da far ritenere che oggi si è al cospetto di un sistema «accusatorio non garantito». (PERCHINUNNO, Vincenzo (a cura di). *Percorsi di Procedura Penale: Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*. Milano: Giuffrè, 1996, p. VII).

²⁶¹ ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. Prólogo “Vincenzo Manzini – Nota Bio-Bibliográfica”. In: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, p. XVI.

²⁶² Falando dos filósofos do século XVIII que puseram em bloco os princípios, em geral, de limitação ao poder despótico, diz o processualista italiano, resguardando-se donde poderia vir algum choque de sentido: “*I filosofi, con i loro artificiosi sistemi, nulla crearono. L'incivilimento generale, che non fu certo opera loro, e l'ingentilirsi del costume, determinarono il trionfo di quei principî processuali e penali, che erano già stati largamente enunciati nei secoli precedenti (...). La filosofia non ha mai avuto e non avrà mai alcuna influenza sui rapporti sociali, se non rispecchia la coscienza e l'opinione della collettività dominante.*” (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, p. 63).

²⁶³ A transição do discurso da Escola Positiva ao modelo da Nova Defesa Social pode ser visualizada em dois momentos históricos diversos e complementares: a prolusão Sassarena de Rocco de 1930 e o Programa de Marburgo de Liszt de 1882 (cf. LISZT, Franz Von, *La Idea del Fin en el Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998). Na Itália, o movimento de ruptura e reação à concepção naturalística do modelo substancialista racista para se resgatar aquilo que de “jurídico” havia na ciência penal é claramente representada no *tecnicismo* iniciado por Arturo Rocco. Aproveitando-se da perda de legitimidade do discurso etiológico no âmbito das ciências penais na primeira quadra do XX, o autor define com nitidez o local discreto e auxiliar da criminologia, porém eficaz, atuando na justificação da pena. Propondo a reunificação das matérias, porém agora com o saber criminológico subordinado, dotado de auxiliaridade e atuação institucional no âmbito dos cárceres e manicômios para o estabelecimento de diagnósticos da delinquência individual. Serviria, assim, a criminologia para justificar a

duas linhas numa nota de rodapé ao livro célebre de James Goldschmidt sobre o *processo como situação jurídica* (*Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925), de enorme importância e demolidora em vários aspectos da concepção clássica de Oscar Von Bülow²⁶⁴ do processo como *relação jurídica*²⁶⁵; a filosofia é reduzida a simples pensamento lógico auxiliar ao processo penal. Quanto aos princípios fundamentais de direito processual penal, segundo Manzini, meros produtos históricos e fruto do pensamento prático, “*non furono mai, ed è augurabile che mai abbiano ad essere, creazioni filosofiche*”. Não será à toa que todo o trabalho de questionamento filosófico que possa pôr em xeque qualquer *sentido*, ademais quando falamos de um dos pilares jurídicos do fascismo, é considerado inútil para o direito: “*tutto il lavoro della filosofia è consistito in giustificazioni e in spiegazioni, diverse secondo le diverse scuole, completamente inutili per il diritto (...), ma altresì dannosa per la scienza del diritto.*” O desenvolvimento da ciência jurídica, segundo o professor, não poderia ser outro senão aquele vinculado ao direito positivo, de outro modo, a filosofia é tornada prejudicial, pois “*devia il pensiero giuridico (...), annebbiandolo, verso astrazioni vane o insidiose*”. Ao menos, não se poderá acusá-lo de desonestidade, porque à pergunta central “por que punir?”, que poderia encobrir as mais diversas maquiagens totalitárias sob os auspícios da benevolência, ele dá uma resposta direta, bem afeita a quem interessa defender um estado de coisas num regime autoritário, mas que sinaliza – ao bom leitor isto bastará – o lugar ou mote sensível a ser

estrutura do direito penal, sobretudo os fins estabelecidos por ele às penas, fornecendo munição para uma profilaxia criminal (cf. ROCCO, Arturo. *El Problema y El Método de la Ciencia del Derecho Penal*. Segunda reimpressão de la tercera edición. Bogotá: Temis, 2009).

²⁶⁴ Ainda que se possam encontrar antecedentes remotos da *teoria da relação jurídica* em juristas alemães como Bethmann-Hollweg, ou nos juristas italianos medievais como Búlgaro e seu *actum trium personarum* (ARAGONES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. 2ª ed. Madrid: Edersa, 1997, p. 206) foi Bülow que a racionalizou na sua obra clássica *Processeinreden un die Prozessvoraussetzungen*, publicada em 1868. Salutar para a pretensão de autonomia da ciência processual com o avanço da dogmática – não será à toa a dedicatória do autor à Rudolf Jhering –, assentando a independência, a publicidade e a autonomia da relação jurídica processual, como conjunto de direitos e obrigações recíprocas entre Estado e cidadão, contendo sujeitos, objeto e pressupostos diversos daqueles vínculos estabelecidos no direito material (BÜLOW, Oscar von. *Excepciones Procesales y Pressupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, pp. 01-17). Apenas trafegando por estas lições é que se poderá admitir que um réu que não seja mero objeto do processo, tampouco o processo simples meio de aplicação do *jus puniendi* estatal.

²⁶⁵ “*Goldschmidt, ‘Der Prozess als Rechtslage’, Berlin 1926, vorrebbe sostituire al concetto di rapporto processuale quello di ‘situazione giuridica’. Ma siccome codesta situazione giuridica altro non è che un rapporto giuridico, così trattasi di una mera e meno precisa variazione verbale.*” (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, p. 72, nota 3).

surpreendido incansavelmente em todo sistema processual: “*perchè si punisce? Si punisce per diffendere l’ordine giuridico.*”²⁶⁶ Com uma curta frase ele desmonta, com honestidade (perversa) inigualável, qualquer dúvida sobre a utilização de termos aptos a encobrir a pura violência instalada no poder punitivo, algo que às avessas por outro lado, como se examinará em momento adequado, poderá se constituir em premissa a um discurso crítico (e não ingênuo) quanto ao poder de punir. Com sua linguagem autoritária, ele assume, quase em tom confessional, que se pune para defender a ordem jurídica estabelecida e nada mais – ordem estava posta pela “consciência e coletividade da classe dominante”. Todo o palavreado justificativo ou de fundamentação da pena deve se perder por aqueles dispostos a limitar a pulsão inquisitorial contida em cada sistema jurídico-penal.

A parceria com o Ministro Rocco, sem esquecer a intensa cooperação, na elaboração do Código de 1930, de Ugo Aloisi e Carlo Saltelli²⁶⁷, rende um prefácio ao *Tratatto* de um valor histórico inestimável. Aos interessados em ver o que se vincula e o que serve ao ideário copiado pelo código brasileiro e que, em matéria principalmente de *gestão da prova*, apenas teve seus problemas aprofundados, seu exame se torna imprescindível. Dirá Alfredo Rocco, ministro da Justiça de Mussolini à época:

²⁶⁶ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, pp. 84-85.

²⁶⁷ O referido Código foi promulgado consequentemente à delegação legislativa contida na lei nº 2660 de 26 de dezembro de 1925, pelo Decreto Real de 19 de outubro de 1930, e teve sua execução, como dito, desde 1º de julho de 1931. É de notar, como o faz Manzini, orgulhosamente, que foi o primeiro experimento de formação de um código sem o costumeiro concurso de comissões de elaboração e revisão, o que, segundo ele, economizava tempo e gastos, além de dotar de organicidade a reforma. Afirma que o projeto foi composto somente por si, desde a incumbência de 6 de outubro de 1926, sob as diretrizes do Ministro Alfredo Rocco, e redatado em apenas três meses. Uma comissão parlamentar mista, após longo processo de aperfeiçoamento, em 31 de maio de 1930, examinou o projeto definitivo (com a redação final de Rocco), passada pelas contribuições de coordenação de Ugo Aloisi e a revisão do projeto preliminar por Carlo Saltelli, chefe de seu gabinete. Este grupo interparlamentar tinha a presidência de Mariano D’Amelio e contava com três subcomissões, uma chefiada pelo presidente, a outra pelo Senador Milano Franco d’Aragona e a terceira pelo senador Garofalo. Em verdade, como frisa Manzini, ela teve apenas a interveção de expressar seu parecer sobre o projeto mesmo. Ao fim, a revisão para o texto definitivo realizada por Saltelli e Manzini, sob a direção de Rocco, começou em 19 de agosto de 1930 com o impresso derradeiro do texto em 25 de outubro com a forma minuciosamente cuidada pelo Ministro sem a ajuda de nenhum literato profissional que, segundo Manzini, era desconhecedor das exigências de técnica legislativa. Para um maior acompanhamento do processo legislativo e da própria redação do Código: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, p. 96, (em especial nota 2).

“È tradizione vecchia che nel presentare un nuovo libro, si dica partitamente del suo contenuto. (...) [Sobre a coloração de Manzini no Código de 1913] Avevano allora incontrastato dominio quelle ideologie demo-liberali che, attraverso la debolezza degli ordinamenti processuali, posero la giustizia penale in balia delle parti. Il Manzini, tra i pochissimi, reagì contro quelle tendenze. Ricordo con vivo compiacimento che egli fu forse il primo a insorgere contro quel principio della presunzione d'innocenza dell'imputato, che tanto è stato sfruttato nelle aule giudiziarie a danno della giustizia penale”²⁶⁸.

A fragilidade, afirma, estava presente na justiça criminal, até a insurgência da virtude de Manzini na formulação de um código rigoroso, ao menos em dois pontos básicos: que não deixasse à mercê das partes o processo penal, quer dizer, que centralizasse na figura do magistrado e em sua voluntária, vigorosa e incisiva intervenção capital; e a menosprezo à presunção de inocência que tanto dano à justiça já havia acarretado, segundo o Ministro.

2.1.2 Uma Genealogia do Processo Penal Brasileiro

O trabalho que agora é delongado acerca da análise histórica na formação de uma determinada forma de pensamento jurídico, por certo carrega consigo algumas ideias procedimentais básicas já perceptíveis. A singularidade dos acontecimentos demanda uma minúcia do saber; exige, em outros termos, paciência. Se quisermos,

²⁶⁸ ROCCO, Alfredo. “Prefazione”. In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, pp. IX-X. Sem esquecer as passagens emblemáticas de Rocco, em pronunciamento em Perugia em 30 de agosto de 1925, coadunadas por Manzini, do espírito orientador que viria a conduzir o código de processo penal não só da Itália, mas do Brasil incluso, acerca da liberdade individual como uma “concessão do Estado”: “«Alla formula delle dottrine liberali, democratiche e socialiste: la società per l'individuo, il fascismo sostituisce l'altra: l'individuo per la società. Ma con questa differenza, che mentre quelle dottrine annullavano la società nell'individuo, il fascismo non annulla l'individuo nella società. Lo subordina... Lo sviluppo e la prosperità degli individui di ciascuna generazione, quando siano proporzionati ed armonici, diventano condizioni dello sviluppo e della prosperità di tutta l'unità sociale... Vi è una concezione liberale e una concezione fascista della libertà. Anche il fascismo crede che occorra garantire all'individuo le condizioni necessarie per il libero sviluppo delle sue facoltà; anche il fascismo crede un annullamento e una mortificazione della personalità individuale siano da escludersi dallo Stato moderno. Ma ciò non perchè riconosca un diritto dell'individuo alla libertà superiore dello Stato, ma perchè crede che lo sviluppo della personalità sia un interesse dello Stato... La libertà, pertanto, è data all'individuo e ai gruppi nell'interesse sociale. Come tutti i diritti individuali, anche la libertà è una concessione dello Stato»” (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, p. 183, nota).

podemos chamar este processo de genealógico, que se opõe radicalmente, como diz Foucault²⁶⁹, na esteira de Nietzsche, à pesquisa da origem (*Ursprung*).

Não há, pois, a busca por uma identidade primeira que esquece pelo caminho as contingências e o caráter acidental dos acontecimentos. Quer-se privilegiar o descontínuo, ou seja, as forças que dominam num dado momento, impondo uma direção aos sistemas de regras estabelecidos. O autor francês entende a genealogia nietzscheana como análise da proveniência e a história das emergências. Através de uma postura hermenêutica nova que procura “²⁷⁰interpretar as interpretações”, pretende-se analisar os valores, significados, linguagens, como meios que são utilizados à mercê destas forças, que deles se apossam para lhes dar um novo sentido²⁷¹.

Em outras palavras, esta pergunta pelo intérprete e a recusa de acreditar que no começo de todas as coisas se encontra o que há de mais precioso e essencial, denota uma postura bem definida. Têm-se, assim, dois troncos hábeis que prontificamos a nos apoiar: proveniência (*Herkunft*) e emergência (*Enteslehung*). Trata aquela de descobrir todas as marcas sutis, singulares, diferenciadas, quer dizer, demarcar os acidentes, os desvios mínimos; enquanto esta se dispõe a examinar o estado de forças e como elas lutam entre si²⁷². Assim, o sentido desta história efetiva toma um novo fôlego e impõe fundamentalmente um *saber perspectivo*²⁷³, que sabe tanto de onde olha quanto o que

²⁶⁹ FOUCAULT, Michel. “Nietzsche, a genealogia e a história”. In: *Microfísica do poder*. MACHADO, Roberto (org. e trad.). Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 16.

²⁷⁰ Frequentemente ao longo de todo o texto faz-se uso do recurso das aspas, para além da simples citação. Este é um mecanismo que se lança mão tendo em vista alguns objetivos. Na esteira de Nietzsche, a palavra era concebida como *metáfora*, como transposição arbitrária. As aspas, assim, apenas querem marcar a distinção entre palavra e coisa, ou melhor, entre linguagem e contralinguagem. Quer-se dar uma abertura maior ao encerramento semântico, fugir da simples nomeação, jogar com *metonímias*. Descolar-se de uma “moralização” ou interpretação única do real, na direção de uma realidade múltipla e trágica, quer dizer, com Blondel, *narrar o intraduzível não-isomorfo*. (BLONDEL, Eric. “As Aspas de Nietzsche: filologia e genealogia”. In: *Nietzsche Hoje?* Colóquio de Cerisy. MARTON, Scarlett (org.). São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 122).

²⁷¹ MARTON, Scarlett. “Foucault leitor de Nietzsche”. In: *Extravagâncias: Ensaio sobre a filosofia de Nietzsche*. São Paulo: Discurso; Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 205.

²⁷² FOUCAULT, Michel. “Nietzsche, a genealogia e a história”, p. 26.

²⁷³ Como uma característica fundamental do pensamento filosófico da época moderna até os nossos dias, pode-se dizer que o *perspectivismo*, radicalizado por Nietzsche – para além de uma imputada qualidade niilista –, na medida em que supõe a consciência generalizada do caráter instrumental dos mecanismos de conhecimento, quer sejam categorias mentais quer a linguagem mesma, esta postura própria é que extravasa e proporciona um autoconhecimento superador de qualquer possível situação niilista. Antes de se preocupar com o modo pelo qual se constitui a objetividade da experiência, interessa a forma pela qual o sujeito emprega seus instrumentos cognitivos para a “captura” do real, como se forma uma certa teia cognitiva, rede que permite

olha. Possibilita ao pesquisador e ao próprio saber histórico, assim, a possibilidade de fazer, no movimento do seu conhecimento, sua *genealogia*²⁷⁴.

Desta forma, o foco vai ao encontro do momento daquilo que se poderia chamar, sob o ponto de vista hegemônico na doutrina, da nossa independência processual penal, que, simultaneamente, diz respeito à história de nossa própria independência política. Não que seja ignorável a tamanha tradição dos povos que aqui habitavam, perto de dois milhões quando aqui os portugueses chegaram. Apenas por questão estratégica e por dispersar por demasiado o enfoque do trabalho, o período indígena não permite ser apurado, desde o genocídio perpetrado nesta quadra de nossa história política e social desde o ciclo das grandes navegações²⁷⁵. Aspectos de uma sociedade em que a ausência de distinção entre um direito penal e um direito civil punha-se envolvida numa concepção de organização social e econômica coletivista. Assinale-se, ao menos, sob o ponto de vista antropológico, dentre outros modelos possíveis à subjugação pura diante da expansão cultural portuguesa, a experiência de adaptação ao domínio estrangeiro conferida à chamada *República dos Guaranis* (1610-1768).²⁷⁶ Registro ilustrativo de algum progresso em direção à humanidade, diante da violência da justiça penal herdada de Portugal e Espanha e da brutalidade do direito feudal, dadas as características das práticas penais indígenas. Estes impulsos, instalados no sul da América do Sul, caracterizaram-se pela manutenção de aspectos igualitários da ordem econômica indígena, com a mediação efetiva de procedimentos em contraditório e punição apenas depois de apurada investigação.²⁷⁷

Portugal, de alguma maneira, como é sabido, nasce da obstinação de resistência aos árabes que em 714 invadem a península, desmembrando-se, em 1139, do Reino de Lião. A influência germânica e moura num incipiente processo penal se faz sentir,

introduzir interpretativamente qualquer “verdade” e explorar de maneira contundente as relações entre conhecer e poder. Cf. MARQUES, António. *A Filosofia Perspectivista de Nietzsche*. São Paulo: Discurso; Ijuí: UNIJUÍ, 2003.

²⁷⁴ FOUCAULT, Michel. “Nietzsche, a genealogia e a história”, p. 30.

²⁷⁵ Cf. DUSSEL, Enrique. *1492: El encubrimiento del Otro: Hacia el origen del mito de la modernidad*. Madrid: Nova Utopía, 1993. Sobre uma histórica alargada, porém profunda da formação do continente latino-americano desde a colonização até o contemporâneo despojo, ver GALEANO, Eduardo. *Las Venas Abiertas de América Latina*. Segunda edición – Tercera reimpresión. Madrid: Siglo XXI, 2005.

²⁷⁶ RIBEIRO, Darcy. *O Processo Civilizatório – Etapas da Evolução Sociocultural*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1998, pp. 68 ss.

²⁷⁷ BATISTA, Nilo. “Práticas Penais no Direito Indígena”. In: *Revista de Direito Penal*. Vol. XXXI. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 75-86.

contudo, tratando-se de um processo público e oral, aos poucos migrando para a forma escrita.²⁷⁸ Convém frisar novamente que os visigodos dispuseram de legislação própria, aplicável ao seu povo (*Código de Eurico* e, posteriormente, *Código de Leovigildo*) enquanto os hispano-romanos submetiam-se ao outro regime (Breviário de Alarico) até que em 654 promulgou-se um novo código unificando a legislação (*Código Visigótico, Liber Iudiciorum* ou *Fuero Juzgo*).²⁷⁹

No período colonial brasileiro, antecipe-se, foram as Ordenações Filipinas, editadas em 1603, as que tiveram maior aplicação no território Brasileiro. Vale dizer que, em Portugal, no reinado de Afonso IV, na batalha de Rio Salado (1340), os mouros foram definitivamente banidos do território lusitano, produzindo profunda alteração na ordem jurídica processual penal. Antes disso, porém, foi o primeiro Rei a conceber leis gerais para o processo penal. Já havia instituído *juízes de fora* ou *juízes por el-rei* para residirem no local por certo tempo e não corregedores ambulantes. Entretanto, com relação ao processo penal, a primeira delas, editada 02 de dezembro de 1325, foi sobre as *inquirições devassas*. Foi a *inquirição devassa* que, favorecendo os progressos do processo secreto, dispensando o concurso das partes e mesmo do acusado, tornou-se depois o instrumento de todo o processo criminal *ex-officio*.²⁸⁰

²⁷⁸ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 61-71.

²⁷⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. 2ª ed.. São Paulo: IOB Thomson, 2004, pp. 25-31 e BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*, pp. 75-81. A título ilustrativo, na Espanha, o método inquisitivo chega mediante a outorga da *Lei das Sete Partidas (Libro de las Leyes* ou *Las Partidas*), de Alfonso X no século XIII, após a revogação da legislação visigótica (*Fuero Juzgo*). Toma corpo com o Ordenamento de Alcalá (1348) até que, sob o reinado dos Reis Católicos, ganha vigor inédito. Há de se notar a instalação do Tribunal do Santo Ofício (1480), não raro tido como o exemplo mais perfeito e difundido da inquisição, tendo alcançado a América espanhola e apenas abolido em 1834 (MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*, pp. 300-302. Para aprofundar o exame do destaque e da especificidade da Inquisição espanhola, de infundável bibliografia, interessante consultar, por todos, o já citado BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições* e, sucintamente, CONTRERAS, Jaime. *História de la Inquisición Española (1478-1834): herejías, delitos y representación*. Madrid: Arco/Libros, 1997). Por sua vez, o direito inquisitivo alemão, após a instalação do Tribunal de Câmara Imperial (1495) e depois da recepção do direito romano, tem seu marco principal na criação da *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507). Entretanto, pelo seu alcance limitado, todos os domínios do Sacro Império romano-germânico apenas foram alcançados praticamente com aquilo que ficou conhecido como primeiro código penal alemão: a *Constitutio Criminalis Carolina* de Carlos V de 1532. Sem o desprezo completo do direito germânico tradicional, a força da nítida influência do direito romano imperial fez com que, principalmente com a derrocada da práxis germânica sobre a prova, a Alemanha entrasse na inquisição (ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, pp. 300-307).

²⁸⁰ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 98-102 e PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 45 e 48.

Sob um rápido resumo, o período que consideramos correspondente aos reinados de D. Afonso III, D. Diniz, D. Afonso IV, D. Pedro I e de D. Fernando, abrangendo, portanto, a metade do século XIII e quase todo o século XIV, quando se operou enorme transformação no Direito Processual (Penal e Civil), pode ser caracterizada da seguinte forma, por inspiração do Direito Romano e também do Código Visigótico:

“a) predomínio progressivo das leis gerais sobre o costume e o Direito foraleiro; b) aperfeiçoamento da justiça régia, quer na corte, quer através dos magistrados de jurisdição local; c) regulamentação legislativa do processo e diferenciação entre processo civil e processo penal, sob a influência do Direito Romano-Canônico, implicando a redução a escrito das peças processuais e a organização dos recursos; d) prosseguimento da luta contra a vingança privada; e) limitação das jurisdições senhoriais.”²⁸¹

Em especial, quanto à prova, nada dista do contexto geral da época: a inquirição feita pelo juiz acerca do fato. Se ele entendesse provada a acusação, ou se da prova se extraísse forte presunção de culpabilidade, podia submeter o réu a *tormento*, meio pelo qual poderia se extrair a confissão.²⁸²

No reinado de Afonso V, sob a regência do Infante D. Pedro, provavelmente em 1446 ou no ano seguinte, foram editadas as *Ordenações Afonsinas*. Obra dos romanistas João Mendes (Livro I) e de Ruy Fernandes (demais Livros), a codificação tratava no seu livro V dos delitos, das penas e do processo penal, em especial no Título IV, aludindo-se não só à acusação do Direito Romano como também, novamente, às inquirições secretas (*devassas*) do Direito Canônico.²⁸³

Após o advento de leis esparsas, aparecem as *Ordenações Manuelinas*, em 1521, em que se ratificava a jurisdição da realeza. Aparece a previsão do Promotor de Justiça (livro I), a extinção dos juízes e foros especiais para mouros e judeus que foram obrigados à conversão (Livro II) e o acento nas formas escritas dos procedimentos. Finalmente, em 1603, passaram a vigorar as *Ordenações Filipinas*, após a morte do Rei Cardeal D. Henrique e sua sucessão pelo Rei espanhol Filipe II de Castela (Felipe I em Portugal) que pouco alterou a anterior legislação. Prevaleceram ainda, por força do Rei

²⁸¹ CAETANO, Marcello. *História do direito português*. Tomo I (1140-1495). Lisboa-São Paulo: Verbo, s.d., p. 359.

²⁸² PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, p. 51.

²⁸³ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 52-55 e ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 109-121.

D. João IV, que as revalidou em 1643, mesmo depois do jugo espanhol.²⁸⁴ Vemos, segundo Almeida Júnior, agora consolidada a *nominis delatio* do processo romano, isto é, a fórmula pela qual o acusador nomeava o acusado, qualificava o crime e estabelecia as questões do processo, foi pouco a pouco ficando a cargo do juiz até se transformar na sentença de pronúncia do juiz sobre a *devassa*.²⁸⁵

Assim, a importância que para nós assume está na razão direta da aplicação delas em terras brasileiras. Embora formalmente as *Ordenações Manuelinas* e as compilações de Duarte Nunes Leão vigorassem à época das capitanias hereditárias e do primeiros governos gerais, em realidade, o direito empregado ficava quase ao arbítrio exclusivo dos donatários. Assim, foram as *Ordenações Filipinas*, como dito, que tiveram maior aplicação no Brasil, passando a vigorar mesmo depois da independência pela Lei de 20 de outubro de 1823. Naquilo que elas não tivessem sido revogadas pelo Constituição de 1824, alcançou a disciplina do processo penal até a promulgação do Código de Processo Criminal do Império em 1832.²⁸⁶

Se a grande parte da legislação penal e processual penal que vigorou no Brasil até a independência se encontrava nas *Ordenações Filipinas*, principalmente no *livro V*, a Constituição do Império, outorgada pelo Imperador trouxe, em seu artigo 179, dividido em 35 pontos, a *inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, o que apresentava significativas garantias do espírito liberal que impregnava o século XIX, preceitos e princípios garantidores de um processo penal antagônicos à legislação da antiga coroa. O que apenas veio se confirmar com as Decisões nº 78 (de

²⁸⁴ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 122-139 e PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 55-67.

²⁸⁵ “(...) vimos que as devassas eram inquirições para informação dos delitos. Havia ‘devassas gerais’ e ‘devassas especiais’: as ‘gerais’, sobre delitos incertos, eram tiradas anualmente, quando os juízes principiavam a servir os seus cargos, e também eram gerais as chamadas ‘Janeirinhas’ que, em relação a alguns crimes, se tiravam em janeiro de cada ano; as ‘especiais’ supõem a existência do delito de que é só incerto o delinqüente. As ‘devassas gerais’ deviam terminar dentro de trinta dias depois de começadas; as ‘especiais’ deviam começar dentro de oito dias depois do sucesso, exceto nos casos de incêndio e de flagrante delito, e terminar dentro de trinta dias. (...) As ‘devassas’, sendo inquirições feitas sem citação da parte, não eram consideradas ‘inquirições judiciais’, para o efeito do julgamento, sem que as testemunhas fôssem repreguntadas (...). Mas, para o efeito da prisão preventiva, assim como nos casos em que se procedia ordinariamente não havia a necessidade de reiteração. Além disso, o réu podia, se quisesse, assinando o termo chamado de ‘judiciais’, dispensar esse reiteração, para que as houvessem como judiciais. A lei da Reforma da Justiça de 1613, determinou que fôsse assinado aos réus um termo para requererem a repregunta, sob pena de serem as testemunhas consideradas judiciais, à sua revelia.” (ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp., 132-134).

²⁸⁶ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 140-155.

31 de março de 1824) e nº 81 (2 de abril de 1824) do Governo impondo, respectivamente, o dever ao juízes de fundamentar as decisões e as declarações de incompetência para julgar àqueles que funcionassem na fase de *devassa*.²⁸⁷

O salto foi grande para sair do acentuado ranço inquisitorial que emanava do *Livro V*. Para alguns, um momento único do saber jurídico e do espírito liberal que caracterizavam a intelectualidade da época. Para Frederico Marques, não com uma dose de exagero para com o futuro da legislação processual penal, síntese de anseios humanitários e liberais que palpitavam, segundo o professor paulista, “*graças a êle, perdurou, nas leis nacionais, um acentuado espírito anti-inquisitorial que nos preservou o processo penal, de certos resíduos absolutistas, que ainda existem nos códigos europeus*”.²⁸⁸ Ao lado também dos elogios, as críticas, como escreve Pierangeli, versavam sobre a benevolência com os acusados e o excesso de garantias que obstaculizavam a perseguição aos delinquentes.

Independente disto, todo o aporte crítico deve ser analisado também de acordo com o momento histórico vivenciado. Certa a ingerência do aporte iluminista, sinais que se faziam sentir na elaboração da Constituição do Império, bem como no Código Criminal de 1830, o que fez atenuar a influência do Código Napoleônico em alguma medida. As influências das ideias dos mestres de Coimbra²⁸⁹, Pascoal José de Mello Freire²⁹⁰ e de Antônio Ribeiro dos Santos (sem antes lembrar que estamos no século de *Bentham*²⁹¹), representam bem este estado de coisas. Os escritos de ambos e principalmente as suas polêmicas ganharam enorme projeção entre os alunos conimbricenses, muitos dos quais vieram a compor as câmaras legislativas que elaboraram o Código de Processo Criminal. Ribeiro dos Santos, de conteúdo muito mais liberal (suas lições datam do último cartel do século XVIII, sob os auspícios dos arautos da revolução francesa), criticava, em suas *Notas ao Novo Código*, a redação da nova legislação, pois haveria descuidado Mello Freire da forma legislativa, escrevendo o

²⁸⁷ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 156-173 e PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 81-87.

²⁸⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I. São Paulo: Forense, 1961, p. 96.

²⁸⁹ Sobre a formação do Estado-nação brasileiro e a contribuição dos egressos de Coimbra: GAUER, Ruth Maria Chittó. *A construção do Estado-nação no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2001.

²⁹⁰ Sobre o seu pensamento penal, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*. Buenos Aires: Ediar, 1987, pp. 111-114.

²⁹¹ BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume II (Séculos XIX e XX). Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990, pp. 59-95.

Código cuidando apenas do aspecto doutrinário como se fosse preleção acadêmica. Vale ressaltar, profundamente, o manifesto temor de Antônio Ribeiro dos Santos a respeito da excessiva concentração de poderes na mão do juiz presente na legislação.²⁹²

Não se pode perder de vista, assim, a intensa concentração de poderes nas mãos dos juízes de direito, municipais e de paz, que ali vinha prescrita. Encarregados, mais, ao lado da *ação penal particular* (privada), da *ação penal popular* (realizada por qualquer um do povo *ut civis*), da *ação penal pública* e das *denúncias policiais*, de desencadear a ação penal sem nenhuma provocação (*ação penal ex officio*).²⁹³ Talvez algum entendimento disto possa se retirar a partir da orientação do gabinete de elaboração do novo Código. Havia a linha conservadora dos *caramurus*, restauradores que postulavam o retorno de D. Pedro I (D. Pedro IV em Portugal), todavia, ainda que no poder estivessem os liberais, eram aqueles os moderados chamados *chimangos*, que se encontravam na posição de mando depois da abdicação. A ala mais exaltada do Partido Liberal (*jurujubas*), de enorme força na queda do Imperador, encontrava-se fora das decisões governamentais.

A mais, isto se refletiu de forma saliente nas formas procedimentais. Aqui a força do paradigma napoleônico em matéria processual penal se fez sentir forte. Ainda que de conteúdo muito mais liberal, “*adotou o procedimento misto ou eclético, muito embora o submetesse à regra da inquisitividade*”,²⁹⁴ o que por inércia, mesmo com a separação formal em face do queixoso, levasse o juiz a toda uma atividade discricionária. Ressalta Pierangelli, desde a lavra de Joaquim Canuto Mendes de Almeida:

*“Se ao promotor cabia realizar a denúncia, se qualquer pessoa do povo podia, outrossim, denunciar, se o ofendido podia apresentar sua queixa, esses atos – denúncia e queixa – representavam com relação ao sumário de culpa meros impulsos ao funcionamento inquisitório do juiz, quando a espontaneidade não se tivesse revelado. A discricção do juiz era tal que seus despachos a pedido das ‘partes’, nos atos de formação de culpa, não cabia recurso algum.”*²⁹⁵

Com a edição da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, o procedimento torna-se mais rigoroso. O Código de Processo Criminal estabelecia que a polícia estava afeta a

²⁹² PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 93 (nota) e 94.

²⁹³ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 101-111.

²⁹⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 96.

²⁹⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 97.

uma autoridade local: o juiz de paz, ao qual se atribuía as funções de polícia preventiva e repressiva, informativa e probatória. Com a modificação, houve uma centralização das atividades policiais sob o comando do Ministro da Justiça, formando-se um verdadeiro exército de funcionários hierárquicos responsável, dentre outras funções de polícia judiciária, por prender os pronunciados e julgar os crimes dentro de sua alçada. A atividade de polícia se tripartia em funções de polícia administrativa, polícia judiciária e atividade de polícia propriamente dita, passando a vigorar um “*policialismo exagerado (...) fortalecendo, com isto, o reacionarismo político*”.²⁹⁶ A que se destacar, como ato paralelo ao gabinete conservador que se compôs, um sensível crescimento do Ministério Público. Como titular da ação penal (art. 222 do Regulamento nº 120), também lhe foi outorgada remuneração por produtividade, de acordo com oferecimento de libelo, arrazoados escritos e sustentação em júri. Antes nomeados por três anos pelo Imperador ou pelo presidente da província, sob lista tríplice das câmaras municipais, com a Lei nº 261, serviriam até o Imperador mandar, dispensada a lista das casas locais; estabelecendo, ainda, que haveria um promotor em cada comarca. Que não se perca a situação, reinante no início do segundo Império nas províncias, de profunda crise política e a necessidade de repressão, vejam-se os casos da *Cabanagem* (no Pará), a *Balaiada* (no Maranhão), a *Sabinada* (na Bahia), o *Conflito de Alagoas*, a *Revolução Liberal* (São Paulo) e a *Guerra dos Farrapos* (Rio Grande do Sul).²⁹⁷

A observação do deputado Álvares Machado, mais válida que nunca, quanto àquela transmutação profunda, não apenas à época, cuja reprodução é merecida, teria espaço frente à falta de lucidez (ou interesse?) em matéria penal que teima pairar pelas casas de representação legislativas pelo país:

*“parece que meus colegas entendem que, restringindo liberdades evitarão crimes e desordens. Por ventura, o Liv. V das Ordenações, apesar das penas e dos castigos horrorosos, evitou aquêlo caso de tentativa de morte contra a pessoa sagrada Del Rei D. José? Evitou a prática de crimes comuns? Evitou a nossa Independência e o nosso sistema liberal?”*²⁹⁸

²⁹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I, p. 98.

²⁹⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, p. 136.

²⁹⁸ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 180.

Muito embora, desde 1871, tivesse ganho espaço a reforma da legislação processual anterior,²⁹⁹ proclamada a República, o influxo das mudanças políticas se acelerou. Moldado pelo sistema federalista, de inspiração norte-americana ao exagero, que deferiu também aos estados membros, para além da União, a competência para legislar sobre matéria processual penal e civil (art. 34 § 23), quebrou-se a unidade processual pela Constituição de 1891, ainda que limitada pelas revigoradas garantias já existentes (art. 72, em especial o § 22, com o *habeas corpus* ampliado e com status de preceito fundamental). A arquitetura adotada de descentralização excessiva contribuiu para que se estabelecesse uma diversidade de sistemas o que, sem dúvida, dificultava a aplicação da lei penal. Ademais de assegurar a ampliação dos casos de fiança, a plenitude de defesa, a inviolabilidade do domicílio e correspondência, direito de reunião e demais direitos individuais especificados na carta republicana, resguardou-se, na Justiça Federal, a criação ano antes do Supremo Tribunal Federal (Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, havendo sido instalado com sessão plenária em 28 de fevereiro de 1891³⁰⁰). Nesta jurisdição, não havia polícia judiciária com direito de iniciativa no procedimento, muito menos com função decisória.³⁰¹ Resume Frederico Marques a sistemática até então no processo penal pátrio:

“Quando a pluralidade processual foi instaurada, era nosso processo penal informado pelos seguintes princípios: oralidade de julgamento e processo escrito para a instauração ou formação da culpa; processo ordinário para os crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns e de responsabilidade, com plenário posterior à formação da

²⁹⁹ Antes da promulgação da Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, houve uma série de Decretos, a saber: o Decreto nº 1.723 de 1856 que dele se extrai a necessidade do tratamento de “*Excelência*” que deveria ser dispensado aos promotores das *Relações* (equivalente hoje aos Procuradores de Justiça) e a independência funcional para requererem o que lhes apresentasse, um passo importante de independência funcional; e os Decretos nº 2.423 e nº 2.438 ambos de 1859, que regulavam parte do Código em vigor. Se tinha como base de apoio incontestável o Projeto José de Alencar de 1869, como assevera Almeida Júnior (ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 195-211), não se pode negar, como faz Pierangeli doutro modo, que a reforma de 1871 apenas vingou pela manifestação favorável de D. Pedro II (PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 141-144). A Lei nº 2.033 regulamentada pelo Decreto nº 4.824 de 22 de novembro do mesmo ano iniciou uma nova fase na História do Processo Penal no Brasil, pois grande parte do período republicano estruturou-se ali. Em seus 30 artigos, destaque todo especial, além da ampliação da atuação do promotor público, para a criação do inquérito policial, ainda, mais ou menos, nos moldes do atual código de processo penal de 1941. Assim, “*a república ao ser proclamada veio encontrar regulamentado o processo penal.*” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I, p. 101).

³⁰⁰ MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)*. STF: Brasília, 2007.

³⁰¹ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 220.

culpa; inquérito policial servindo de instrumento de denúncia ou queixa, apenas nos crimes comuns; o processo especial estabelecendo desde logo a plenitude de defesa nos crimes comuns; a propositura e titularidade da ação penal, de acordo com o que dispunha o art. 407, do Código Penal.”³⁰²

Com o fim da chamada *República Velha*³⁰³ pela mudança política radical que se estabeleceu com uma *pseudo-Revolução Liberal*³⁰⁴ perpetrada pelas forças de Getúlio Vargas em 1930,³⁰⁵ encontrando-se o pluralismo processual em pleno funcionamento, a nova ordem golpista não se preocupou com a reforma da legislação processual penal, tanto assim que nomeou no mesmo ano uma subcomissão para reformar o Código de Processo Penal do Distrito Federal.³⁰⁶ Foi a Constituição promulgada em 16 de julho de

³⁰² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I, p. 102.

³⁰³ Cf. FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 4ª ed.. São Paulo: Globo, 2008, pp. 503-738.

³⁰⁴ De espinha militar, o Estado forte-orientador ali nascido, não tinha qualquer preocupação com a transferência de poder às camadas médias e populares, era “*alheado das competições, paternalista na essência – daí os problemas sociais terem sido incorporados aos mecanismos estatais para pacificá-los e domá-los –, controlado por um líder e sedimentado numa burocracia superior, estamental e sem obediência a imposições de classe. Repellido o comunismo, duramente combatido, afastadas as proposições socializantes, o rumo ditatorial será ajudado pela ideologia fascizante, num aglomerado confuso de tendências e alas.*” (FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*, pp. 776-777). Em tons sucintos, escreve, por sua vez, Bonavides: “*Entre 1930, ano da pseudo-Revolução Liberal – liberal apenas porque tinha como aspiração suprema sanear o sistema representativo adulterado pelos vícios da corrupção eleitoral e estabelecer tanto quanto possível a autenticidade do processo eletivo – e 16 de julho de 1934, data da promulgação da segunda Constituição Republicana, decorreram quatro anos de interregno ditatorial, sob a égide de um Governo Provisório. Esse governo se viu, porém, contestado em 1932 pela “revolução constitucionalista” deflagrada em São Paulo, e logo a seguir sufocada com o emprego das armas e a prevalência do Poder Central.*” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 331).

³⁰⁵ Sem esquecer o episódio do assassinato de João Pessoa em 26.07.1930, que mobilizou a oposição em prol de uma “revolução” e deflagrou o movimento militar iniciado no Rio Grande do Sul, Barroso refere dois aspectos fundamentais a ensejar a ruína da *República Velha*: o domínio das oligarquias e a fraude eleitoral institucionalizada. Lembra ainda a grave crise econômica de 1929 (“Grande Depressão”), uma pequena burguesia em ascensão, o *Tenentismo* (movimento contra o regime oligárquico que dirigia o Brasil) e o surgimento de uma classe operária descontente em razão do processo de industrialização estimulado pela Primeira Guerra (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 54).

³⁰⁶ Pinto Ferreira anota que provavelmente a revolução não teria eclodido na época se não fosse a sucessão presidencial. Washington Luís forçou a sucessão em favor de Júlio Prestes, candidato de São Paulo, quando Antônio Carlos pleiteava a sucessão apoiado por Minas Gerais. De acordo com o esquema de controle da presidência, a então “política do café-com-leite”, São Paulo e Minas se revezavam mutuamente. Washington Luís não atendeu a essa pretensão, o que acelerou o golpe. Este se propagou rapidamente e as forças armadas depuseram o presidente em 24.10.1930. Compuseram uma junta provisória que transmitiu o governo ao candidato derrotado Getúlio Vargas em 03.11.1930. Logo em seguida, foi expedida a Lei Orgânica do Governo Provisório, pelo decreto n. 19.398 de 11.11.1930, a fim de organizar a nova República

1934, na perspectiva de um Estado Social de Direito, com forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919 – sem poder esquecer é claro a representação classista do Parlamento, quer dizer, a eleição de parte dos representantes para a Câmara dos Deputados pelas organizações profissionais (representação corporativa usada na Itália fascista de Mussolini) – e evidenciando os ditos direitos fundamentais de segunda geração (“sociais”)³⁰⁷ que pôs fim ao sistema pluralista (art. 5, inciso XIX, alínea *a*). Dispunha ainda, o artigo 11 das *Disposições Transitórias*, a organização de uma comissão para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. Entregue o trabalho para comissão formada por Bento Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueira, trabalho que ficou conhecido, ao final, por *Projeto Vicente Ráo*, Ministro da Justiça na época. Se tivesse entrado em vigor traria como principais inovações a criação do *juizado de instrução* com a supressão do inquérito policial. Isto não se deu em função de novo golpe e a instalação da ditadura do chamado *Estado Novo*³⁰⁸. A outorgada Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937³⁰⁹ – elaborada por Francisco Campos e apelidada de “Polaca” pela notável influência exercida pela Constituição polonesa fascista de 1935, imposta pelo Marechal Josef Pilsudski, ministro

(FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 1º Volume. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 52).

³⁰⁷ Sobre o Sentido, a Forma, o Sistema, a Estrutura e a Função dos Direitos Fundamentais na ordem constitucional do Estado, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 377-409. Ainda, sobre o regime específico dos direitos sociais, ver MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra, 2000, pp. 383-403.

³⁰⁸ Diante de um quadro de forte embate entre uma direita fascista (destacando-se a *Aliança Integralista Brasileira – AIB*) e os ideais socialistas da ANL – Aliança Nacional Libertadora, Getúlio Vargas, “empossado” para governar até 1938, coloca em 11.07.1935 na ilegalidade, com base na Lei de Segurança Nacional, a ANL liderada por Luís Carlos Prestes. Deflagrada a *Intentona Comunista* em novembro de 1935 (insurreição político-militar havida em Natal, Recife e Rio de Janeiro com o apoio do Partido Comunista Brasileiro e de ex-tenentes), o governo Vargas com suporte do Congresso decreta “estado de guerra” instalando um movimento de repressão ao comunismo, destaque para a cruel “Polícia Especial”. Em 30.09.1937, diante de um suposto “Plano Cohen” de tomada do poder pelos comunistas, houve um excelente subterfúgio para que, com o apoio das forças armadas, fosse novamente decretado “estado de guerra” pelo Congresso em 10.11.1937. De farta bibliografia sobre o período, pode-se conferir ainda: SILVA, Hélio. *Vargas – Uma biografia política*. Porto Alegre: L&PM, 2004. RIBEIRO, José Augusto. *A Era Vargas*. Vol. I (1882-1950). Rio de Janeiro: Casa Jorge, 2001; CORSI, Francisco Luiz. *Estado Novo: política externa e projeto nacional*. São Paulo: Unesp, 2000 e SKIDMORE, Thomas E. *Brasil – De Getúlio a Castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 36-79.

³⁰⁹ “Curto-período” (1934-1937), que assim Vargas denominou da ditadura unipessoal do *Estado Novo*, regime de governo que nem mesmo a Carta outorgada de cunho extremamente autoritário foi cumprida pelos titulares do poder (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 332).

da guerra do Première Moscick³¹⁰ –, que dá o golpe ditatorial de Getúlio Vargas, manteve a unidade processual (art. 16, inciso XVI). Não se precisará lançar mãos da leitura de Graciliano Ramos (um dos milhares de perseguidos pelo regime) e suas *Memórias do Cárcere* para se extrair o ambiente inundado de ideais fascistas e antissemitas. A tortura pairava como instrumento de repressão³¹¹ e medidas como a

³¹⁰ Interessante que Francisco Campos preferia chamar o Estado brasileiro à época de *Estado Autoritário*. Mesmo eufemismo que, vale lembrar, os próprios teóricos do fascismo italiano chamavam o Estado mussolínico (FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 1º Volume. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 56). Teórico do novo golpe em 1937, segundo Faoro, “armado com a lâmina fascista, temperada em leituras nacional-socialistas”, são sob as ideias de Francisco campos que a contradição do esquema populista autocrático de Getúlio Vargas, de repressão policial e concessões sociais, aparece claramente. A substância do regime do Estado Novo (sedizente “reformista”, ao modelo de Salazar, onde se buscou o nome da nova ordem), o populismo de “favores simbólicos e castigos reais”, estava na figura mítica do chefe carismático. Nele, segundo Francisco Campos (escrito no seu “*O Estado Nacional*”), não há valor algum de verdade, seu valor (pragmático) é de ação: “na medida, pois, em que o mito tem um valor de verdade, é que ele possui um valor de ação (...)”. O centro da integração política estaria no “César que comanda o progresso, prende, demite e pune, com o esquema de Napoleão III repetindo a história.” Assim, o regime político das massas apenas poderia ser a ditadura, “sob a fascinação da personalidade carismática”, forma unívoca de governar que “traduz a vontade mobilizada para a guerra.” (FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*, pp. 788 e 793). Vale lembrar que será o mesmo Francisco Campos que redigirá, para além da Exposição de Motivos do futuro Código de Processo Penal de 1941, o fatídico AI-1, editado em 9 de abril de 1964 pela junta militar que instalou a Ditadura Civil-Militar no Brasil, após do golpe de 31 de março do mesmo ano (cf. GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada: as ilusões armadas*. Vol. I. Companhia das Letras, 2002).

³¹¹ Desnecessário frisar primeiro a aproximação de Vargas à Alemanha de Hitler, somente elidida pela enorme pressão norte-americana no contexto da política internacional; e, no plano interno, a prática sistemática da tortura utilizada como instrumento de repressão, situação simbolizada pela entrega de Olga Benário Prestes, mulher do líder comunista Luís Carlos Prestes, que viria a ser assassinada em um campo de concentração nazista na Alemanha (CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O Anti-Semitismo na Era Vargas*. São Paulo: Perspectiva, 2001). Deste julgamento histórico do plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 26.155 de 17.06.1936), ainda que ano antes do golpe, já se podia avizinhar os contornos autoritários presente no país. Válida a curta transcrição do julgado, ademais pelos personagens históricos que ali transitam: “HABEAS CORPUS N. 26.155 - Estrangeira - Expulsão do território nacional - Quando se justifica. ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus impetrado pelo Dr. Heitor Lima em favor de Maria Prestes, que ora se encontra recolhida à Casa de Detenção, afim de ser expulsa do território nacional, como perigosa à ordem pública e nociva aos interesses do país. A Corte Suprema, indeferindo não somente a requisição dos autos do respectivo processo administrativo, como também o comparecimento da paciente e bem assim a perícia médica afim de constatar o seu alegado estado de gravidez, e Atendendo a que a mesma paciente é estrangeira e a sua permanência no país compromete a segurança nacional, conforme se depreende das informações prestadas pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça: Atendendo a que, em casos tais não há como invocar a garantia constitucional do habeas corpus, à vista do disposto no art. 2 do decreto n. 702, de 21 de março deste ano: Acordam por maioria, não tomar conhecimento do pedido. Custas pelo impetrante. Corte Suprema, 17 de junho de 1936. – Edmundo Lins, presidente. – Bento de Faria, relator. (A decisão foi a seguinte: “Não conheceram do pedido, contra os votos dos senhores ministros Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola, que conheciam e indeferiam.”).”

pena de morte para crimes políticos, a dissolução dos parlamentos e dos partidos políticos, a nomeação de interventores nos estados, foram medidas rapidamente tomadas.³¹²

A Constituição outorgada pelo golpe de 1937 impediu que a aprovação e a discussão do Projeto Vicente Ráo fossem adiante. Entretanto, tendo mantido a unidade processual, o governo pôs-se na contingência de elaborar um Código de Processo Penal para vigorar em todo o país. Para tanto, foi nomeada uma comissão que, antes de se debruçar sobre o novo Código, elaborou um projeto de reforma da instituição do Júri, restringindo a competência e as faculdades do tribunal popular. Transformado em Decreto-Lei nº 167 de 5 de janeiro de 1938, constitui-se no “*primeiro diploma de processo penal elaborado para todo o Brasil, após a unificação do direito processual*”.³¹³

Finalmente, em 3 de outubro de 1941, pelo Decreto-Lei 3.889, foi promulgado o Código de Processo Penal vigente, produto do trabalho de Narcélio de Queiroz, Florêncio de Abreu, Cândido Mendes de Oliveira, Vieira Braga, Roberto Lyra e Nelson Hungria. Não se precisa ir a fundo na *Exposição de Motivos*, de 8 de setembro, saída no Diário oficial dia 13 de outubro e elaborada pelo Ministro da Justiça de Vargas, Francisco Campos, para dar o tom da nova legislação.

Conhecida e debatida há anos, mas nem por isso desnecessária a lembrança deste verdadeiro libelo do regime político-processual penal que (ainda) vige e que naturalmente retrata, reproduz e retroalimenta a lógica autoritária da mentalidade jurídica no país, alheia às formas constitucionais de 1988. Dirá a *Exposição*:

“de par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus (...) um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade, Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o

³¹² Sobre a dita “revolução”, produto do abalo ideológico e das aspirações difusas, sobremodo, a emergência do Estado forte e o chefe ditatorial, cf. todo o período profundamente analisado em FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*, pp. 741-815.

³¹³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I, pp. 104-105.

exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.”

Mais adiante:

“é coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do ‘in dubio pro reo’ (...). Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco. Já se foi o tempo em que a alvorçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas.”

Os ares antidemocráticos nem precisaram ser camuflados ou envoltos nalguma retórica que ficasse ao menos disfarçadamente longe da referência e inspiração pela reforma no famigerado Código Rocco-Manzini da Itália fascista. Quanto às provas, mesmo que se guarde momento mais adequado para seu trato, a carta de intenções

“atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução, quer ao final, antes de proferir sentença. (...) Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção da atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar ao final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade.”³¹⁴

Vê-se radicalmente o contrário do modelo acusatório, resguardado constitucionalmente que, segundo entendemos, não deve se circunscrever a apenas uma pura presença de partes processuais, mas, sim, trata, perante a titularidade da ação de penal a cargo do Ministério Público, da *gestão da prova* ser função realizada pelas partes, em que o juiz, garantidor do contraditório e da ampla defesa, ocupe a posição de espectador e destinatário da prova. Como se verá adiante, neste viés, nada veio aproveitar a reforma auferida em 2008, com a Lei 11.690; senão, do oposto, pior o aprofundamento da problemática só se fez mais sentir.

A doutrina nacional, ao longo do tempo, com lugar especial aqui a José Frederico Marques, cantado em verso e prosa por grande parte dos processualistas

³¹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro Francisco Campos. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941)*. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 1941.

penais ao comentarem nosso CPP/41, por isso, sem muita margem de erro, poder ser posto como ponto de irradiação e representante privilegiado do *sensu comum teórico dos juristas*, passa impávida quase em totalidade a este ponto crucial relativo ao sistema adotado pelo nosso código. Basta ver como aborda a temática, tal como será produzida quase incontestemente, do então novo Código:

*“o novo Código não se afastou de nossas tradições legislativas. Manteve o Inquérito policial, configurando-o tal como o herdamos do Império através da reforma de 1871; em obediência a um mandamento constitucional, estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento ‘ex officio’, que só permaneceu para o processo de contravenções; (...) plasmou tôdas as formas procedimentais sob a fiel observância do sistema acusatório.”*³¹⁵

Claramente se acomoda com o avanço de não haver o desencadeamento da acusação, senão pelo ministério Público, salvo no caso das contravenções (previsão que à época ainda não havia sido revogada), para ele suficiente, junto com o contraditório na instrução, para, diante da separação de funções, a adoção do sistema acusatório. Não se apegava às inúmeras vezes que o magistrado poderá agir *ex officio* durante o processo, fundamentalmente na *gestão da prova*. E, mais, olvida o golpe de cena dado, a rigor, a exemplo da França napoleônica para a instalação do dito sistema misto que encobria o preço a ser pago para uma restauração inquisitória. *“O chamado sistema misto ou francês, com instrução inquisitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis do processo”*.³¹⁶ Não alcança uma força mais arguta à permanência de uma fase de investigação preliminar inquisitória, seguida de uma instrução com algum contraditório, contudo agora somada ao papel de um juiz apto a perseguir a verdade manejando aquilo que deveria a ele se dirigir: a prova produzida.

Não se desconhece a meritória crítica ao *fascismo indígena*, que o autor apõe ao código, inclusive, desde à época, atribuindo a crise tremenda que atravessa a Justiça criminal ao resultado deste trabalho legislativo, principalmente no tocante à falta de oralidade nos procedimentos e o apego ao sistema escrito:

³¹⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 105.

³¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, pp. 63-64.

“o Cód. de Proc. Penal, apesar de ter mantido grande fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado (...).”³¹⁷

Repita-se vez mais, de forma simples, que para esta concepção mais estreita basta, para a assunção de um sistema acusatório, a simples presença formal de partes processuais, que fará pecar um exame mais profundo, principalmente quando estamos diante de modelos de partes em pleno ambiente autoritário.

Mas não é por estas bandas, em maioria, que a dificuldade de qualificar a estrutura do nosso sistema processual passa. Apenas para fugir da cultura manualística que invade o processo penal brasileiro como meros instrumentos defeituosos de uma exegese rasteira e irmos ao encontro de opiniões certamente abalizadas, nem assim encontramos alguma tranquilidade. Se Frederico Marques sustenta a acusatoriedade do sistema do nosso Código de Processo Penal, Hélio Tornaghi se compraz, como grande parte da doutrina nacional de forma acrítica, ao engodo do *sistema misto*. Aquele sublinha que o *“direito brasileiro segue um sistema, com maior razão se poderia denominar misto”* isto porque *“a apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial”*, enquanto o processo judiciário que *“compreende instrução e julgamento”* é acusatório, *“em suas linhas gerais”* já que pode o juiz determinar diligências necessárias a fim de descobrir a verdade.³¹⁸ Raras são as posições que reconhecem a acusatoriedade especificada ao procedimento da segunda fase da persecução penal, como faz Lauria Tucci: *“o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento na segunda fase da persecução penal, acusatório.”*³¹⁹ Por aí verteremos adiante nosso argumento.

2.2. Nas Entranhas do Processo Penal e seu Ponto de Viragem

³¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, pp. 106.

³¹⁸ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo II, pp. 577-578.

³¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: RT, 2003, p. 180.

As pacientes referências históricas ao afazer inquisitorial em suas nuances mais diversas, apenas possuem uma única função: a de elaborar um *motivo histórico-conceitual* hábil a perceber as intensivas pressões – longe de qualquer adesão a uma linearidade pretendente a dar mera conta de alguma origem epistemológica – capazes de apreender a regra do poder penal que é o seu *inquisitorialismo*.³²⁰ Desnudar as suas reais formas de manifestação, seus diversos graus, é captar esta variável constante na configuração das práticas penais. Investigam-se, desde um recurso interpretativo, algumas dimensões decorrentes da característica trans-histórica que possui esta mentalidade altamente funcional para legitimar máquinas jurídicas autoritárias.

Realizado um primeiro trato com os materiais que puderam ser recolhidos dos diversos ambientes processuais e seus correlatos valores políticos, o anseio, para o momento, vai na direção de tentar moldar algumas mínimas definições, melhor, diferenciações entre ambos os *estilos* anunciados. Com isto, alguns conceitos podem ser aclarados e algumas confusões desfeitas. Que quiséssemos oferecer os contornos acerca da caracterização de ambos ditos *sistemas processuais penais*, a tarefa seria de enorme dificuldade. O consenso seria impossível e a amplitude de pontos inesgotável. As características de ambos os sistemas, desde a trajetória que se pode marcar, são assuntos de amplitude enorme. O cardápio seria infundável; *à la carte*, as escolhas infinitas não poderiam senão conduzir a uma indigestão de qualquer *sistema*. Para além das extensas caracterizações, importa para o momento salientar o *critério definidor* de um sistema e outro.

Falamos em *sistema*³²¹ no sentido de modelos de inspiração, extremos, tipicidades ideais weberianas³²², ideias-chave. Modelos puros apenas como resultado do esforço de captar os sedimentos depositados ao longo das diferentes configurações, em

³²⁰ Neste sentido, cf. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 77-78.

³²¹ Kant será sempre referência útil, dentro da longa tradição na temática, quando associa, na arquitetônica da Razão Pura, a noção de *sistema*: “*Por arquitetônica entendo a arte dos sistemas. (...) Ora, por sistema, entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. Esta é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que nele se determinam a priori, tanto o âmbito do diverso, como o lugar respectivo das partes.*” (KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5ª ed.. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 657).

³²² Sobre “tipo ideal”, cf. o clássico WEBER, Max. *Economia y Sociedad: Esbozo de sociologia compreensiva*. Tomo I. México: Fondo de Cultura Económica, 1944. Particularmente, antes, em texto de 1904, WEBER, Max. *A objetividade do conhecimento nas Ciências Sociais e na Política Social*. Lisboa: Lisboa Ltda., 1974.

diferentes lugares e temporalidades; características dos sistemas invocadas desde uma história dos *estilos processuais penais* feitas obviamente a partir do interesse que nos guia. Nosso investimento vai ao encaixe do estudo de uma *estrutura processual penal*, vista a relação biunívoca, entrelaçada, longe de qualquer contraposição forma/conteúdo, entre *relações sociais* que geram *estruturas inconscientes*, seguindo as pistas de uma antropologia responsável.³²³

³²³ Sob a pista que nos concede Levi-Strauss, é a *estrutura* que oferece um caráter de *sistema*, em primeiro lugar, consistindo ela em elementos tais que a modificação qualquer de um deles acarreta a modificação de todos os outros. Em segundo lugar, todo modelo pertence a um grupo de transformações; em terceiro lugar, com as propriedades acima indicadas, é possível prever de que modo reagirá o modelo, em caso de modificação de um de seus elementos. “*Enfim, o modelo deve ser construído de tal modo que seu funcionamento possa explicar todos os fatos observados.*” (LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*. Tradução de Chaim Samuel Katz e Eginaldo Pires. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 316). Mas para se fugir de qualquer acusação (falsa) de formalismo, este olhar estrutural, útil nalgum ponto, recusa opor o *concreto* ao *abstrato*, não reconhecendo qualquer valor privilegiado neste. A forma, sim, distingue-se por oposição a uma matéria que lhe é estranha, já a *estrutura* não tem conteúdo distinto: “*ela é o próprio conteúdo, apreendido numa organização lógica concebida como propriedade do real.*” (LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural Dois*. Tradução de Maria do Carmo Pandolfo. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 121). Sempre lembrando que o caráter relativo dos elementos da estrutura, a saber, o sentido e o valor de cada deles, dependerá da posição que ocupem frente aos demais. Sendo um sistema de relações, a *estrutura* refere-se aos modelos construídos segundo a realidade empírica. Sua noção, assim, não se confunde com a realidade estudada, com a realidade empírica em si, mas seria um modelo de análise, ou seja, não se faz confundir *estrutura social* e *relações sociais*: “*as relações sociais são a matéria-prima empregada para a construção dos modelos que tornam manifesta a própria estrutura social.*” (LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*, pp. 315-316). Interessante que os modelos podem ser *conscientes* ou *inconscientes*, e na concepção de Levi-Strauss, as formas particulares assumidas em cada cultura seriam de responsabilidade das *estruturas mentais inconscientes*, daí o método proposto pela análise estrutural em linguística e em antropologia: captar tais modelos (inconscientes) responsáveis por aqueles outros (conscientes) que não passam de efeitos deformados dos primeiros. Os modelos conscientes, chamados comumente de “normas”, incluem-se entre os mais pobres que existem, pois apenas perpetuam crenças e usos. Daí a situação paradoxal trazida pela análise estrutural: “*quanto mais nítida é a estrutura aparente, mais difícil torna-se apreender a estrutura profunda, por causa dos modelos conscientes e deformados que se interpõem como obstáculos entre o observador e seu objeto.*” (LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*, p. 318). As *razões inconscientes* pelas quais se pratica um costume ou uma crença estão bastante afastadas das razões que se invocam para justificá-lo, assim é que a atividade inconsciente do espírito consiste em impor formas a um conteúdo. É preciso atingir a estrutura subjacente a cada instituição ou costume para obter um princípio de interpretação válido, tal como o estudo da função simbólica expressa na linguagem demonstrou notadamente (LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*, pp. 34-37). Nem precisaria afirmar, pois, a razão da afinidade das abordagens estruturalistas de Levi-Strauss com a linguística, estreitamente de Jakobson, e não será à toa todo diálogo de ideias, os sonidos, e a inspiração dada à psicanálise lacaniana (sobre a eficácia simbólica e o inconsciente, de enorme importância para a psicanálise lacaniana, em especial a ideia de “inconsciente vazio”, cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*, pp. 215 ss.). Dirá aquele, inicialmente, tratar-se a linguagem de um *produto* da cultura e também de uma *parte* dela. Mas não é tudo; pode-se tratar a linguagem como *condição da cultura* por

Quando falamos em *sistema inquisitório* e *sistema acusatório*, devemos estar diante dos materiais sobre os quais ainda se laboram. Esta reconstrução pode aportar à luz os nexos funcionais que ligam os diversos elementos de cada modelo teórico, pois na experiência prática nunca aparecem em estado *puro*, sempre mesclados um com o outro. Há sedimentos que foram sendo depositados ao longo do tempo, que nem mesmo um primeiro olhar poderia dispensá-los, mesmo diante da apenas aparente e singela distância cronológica. Escolhe-se dotar de certa organização uma versão de elementos dispersos, desde uma série de emergências e aparências ao longo do tempo, todavia todos compostos desde uma linha de fuga comum: o interesse genuíno na anotação do ponto que a prova ocupa nas saliências de algum pensamento histórico sobre os procedimentos criminais, que nada mais são que o negativo do filme impresso nos modos de operar o processo penal.

O referimento ao sistema acusatório e ao sistema inquisitório conserva profunda validade.³²⁴ Em que pese o improvável trato unívoco, ortodoxo e rigoroso dos termos,

um motivo duplo: “*diacrônico, visto que é sobretudo através da linguagem que o indivíduo adquire a cultura de seu grupo (...). Situando-se de um ponto de vista mais teórico, a linguagem aparece também como condição da cultura, na medida em que esta última possui uma arquitetura similar a da linguagem. Ambas se edificam por meio de oposições e correlações (...)*” (LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*, p. 86). Mas as relações entre *linguagem* e *cultura* afastam as hipóteses extremas: a de que não existe relação alguma entre as duas ordens e aquela atinente a uma correlação total em todos os níveis, por isso a posição intermédia de Levi-Strauss: “*certas correlações são provavelmente reveláveis, entre certos aspectos e certos níveis, e trata-se, para nós, de encontrar quais são estes aspectos e onde estão estes níveis.*” Isto seria a tarefa de “*uma ciência muito antiga e muito nova, uma antropologia (...), um conhecimento do homem que associe diversos métodos e diversas disciplinas, e que nos revelará um dia as molas mestras secretas que movem este hóspede, presente sem ser convidado aos nossos debates: o espírito humano.*” (LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*, pp. 98-99). Mas, retomando, como chegar a esta estrutura inconsciente? Aqui o método *etnólogo* e *linguístico* se encontram. Afastando-se de qualquer organização dualista, de divisão do grupo social em duas metades, por seu turno, uma observação histórica permite distinguir alguma coisa que se conserva e que permite distinguir progressivamente, por uma espécie de filtragem: esquema único, atinente a relações de *correlação* e *oposição*, sem dúvida, inconscientes. São estas estruturas subjacentes às fórmulas múltiplas que são os próprios elementos estruturais. Enfim, é função da etnologia, sem permanecer indiferente à história, atingir, além da imagem consciente e sempre diferente que os homens formam do seu devir, um inventário de possibilidades inconscientes (LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*, pp. 37-39). O estudo dos modos diversificados de sociedades e civilizações, das *culturas humanas*, entendidas “*como conjunto etnográfico que, do ponto de vista da investigação, apresenta, com relação a outros, afastamentos significativos*” (LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*, p. 335), enfim, é o objetivo último das pesquisas estruturais – estudar as *constantes* presentes nestes afastamentos entre as diferentes culturas, sabendo-se que, mesmo dentro de uma coleção de indivíduos, simultaneamente, há a dependência de vários sistemas de cultura.

³²⁴ CONSO, Giovanni. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 07.

tal a variabilidade de denominações, para além dos dados de ordem histórica, certo é que enquanto sejam considerados modelos de organicidade em sede lógica, ou como critério de política criminal em sede legislativa, ou ainda como método de avaliação em sede positiva, continuarão a conservar farto conteúdo crítico.³²⁵

Por certo, repita-se, não estamos imersos em nenhuma análise a partir de ditos *sistemas processuais penais puros*, todos são em maior ou menor medida mesclados. Quiçá se poderia duvidar desde um olhar histórico que houve nalgum tempo um. Estamos diante de ferramentas de análise hábeis de dotar o raciocínio, ao menos, do poder de afastar, por exemplo, o consagrado visto *sistema misto*³²⁶. Afinal, o que pode caracterizar um *princípio* acusatório e um *princípio* inquisitório? A par das infinitas distinções entre os ditos sistemas, pouco uníssonas, mesmo assim alguns pontos-chave podemos ainda tocar nas mais diferentes abordagens para, quem sabe, respondermos à exigência de extremarmos o que de fato pode ter de radicalmente diferencial entre eles.

Em geral, basta que a acusação seja levada a cabo por órgão diferente do julgador (*ne procedat iudex ex officio*) para o sistema ser dito acusatório. Seu ponto de viragem ali estaria. Genuinamente seria o sistema acusatório um sistema de partes. Apenas se poderia reduzir qualquer análise a isto se já não tivéssemos passado pelos confins da estruturação do método bifásico do *sistema misto* e percebido a verdadeira fraude que serviu a Napoleão e sua restauração inquisitiva. Com a simples divisão em duas fases (uma pré-processual, de investigação preliminar, no caso brasileiro representado pelo inquérito policial em regra) apenas ignora-se o ponto nevrálgico da questão e torna insuficiente sua identificação. Exatamente isto esconde o que há de importante a destacar. Pudemos averiguar a completa desnecessidade quando tratamos

³²⁵ A ideia pouco servirá se não tiver como ponto de fuga preferível o pensamento a respeito da “inquisitorialidade” e da “acusatoriedade” dos *modelos* concretos, fruto muito menos de um “sistema” como todo coerente e orgânico, mas de uma compaginação, de um magma de inter-relações complexas entre realidade normativa e comportamental, quer dizer, produto de uma reconfigurável dialética entre opções ideais e projetos operativos. Neste sentido, cf. CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale – Profilo Istituzionale*. Ristampa con Appendice di Aggiornamento. Torino: Utet, 2006, p. 12.

³²⁶ Nunca será demais dizer que o tal modelo francês, segundo Goldschmidt, pretende uma linha diagonal entre a configuração inquisitiva e a acusatória de processo, o que acaba por caracterizar, inclusive o processo penal alemão, como exemplo de um processo “*semiacusatorio*”, um procedimento “*inquisitivo de forma acusatoria*”. De forma mais precisa, atingindo o âmago da discussão é Zachariae, no seu *Handbuch des deutschen Strafprocesses*, que escreverá acerca de um “*proceso inquisitivo con accesorios acusatorios*” (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal – Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 70).

de um estilo inquisitório da inexistência de partes processuais³²⁷, desde 1670 ao menos, como por outro lado, o *monstro de duas cabeças*³²⁸ que nos deparamos quando da montagem do dito sistema misto francês difundido pelo mundo e dotado profundamente de caráter inquisitorial.³²⁹

Por certo, nada disto aproxima-se da clarividência plena; não se fala em algo longe de qualquer debate, mesmo dentro do ambiente daqueles inspirados pela democraticidade, talvez nisto esteja seu respaldo político e validade como critério válido para tal discussão. Mas então fuçamos daquilo que parece consensual – a mera comistão enganosa entre acusatoriedade e divisão de partes, quando muito afirmada pela separação (inicial) de funções no processo –, desloquemo-nos do ponto pacificado e nos preocupemos a tencionar, para além dos marcos histórico-políticos minimamente consolidados, se não estarão nestes mesmos pontos decisivos aquilo que sustenta e, ao mesmo tempo, esconde certa estabilidade do *inquisitorialismo*. Noutras palavras, ficar o discurso circunspecto a estes “nós” já desatados, apenas contribui para a “cegueira” dos demais encobertos.

A estrutura íntima do processo penal, poderá se dizer, situa-se diante de dois modelos estruturais extremos³³⁰, diametralmente opostos: como referenciais, podemos ter aquele que se encontra em um *puro processo inquisitório*, tal como vimos ter sido consagrado na generalidade nos séculos XII e XIII até mesmo os séculos XVII e XVIII, como vimos; e aquele com que se depara um *puro processo acusatório*, tal qual

³²⁷ Nunca é demais lembrar: “È falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell’ordonnance criminelle 1670, monumento dell’ingegno inquisitoriale, il monopolio dell’azione spetta agli hommes du roi («les procès seront poursuivis à la diligence et sous le nom de nos procureurs»)” (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 47).

³²⁸ Indagará Pagano: “Per adempiere a tante funzioni e solennità chi mai non ravvisa, quante dilazioni ne’giudizj siensi introdotte, e qual mescolamento abbian fatto i dottori delle romane, e delle moderne leggi, e stabilimenti; qual mostro; indi fia nato dall’accoppiamento dell’inquisitorio, e dell’accusatorio processo; e finalmente qual scampo ai rei quindi siasi aperto?” (PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*, p. 80).

³²⁹ Fundamental teria sido nunca termos esquecido o alerta de Carrara: “È impossibile definire ‘tassativamente’ li speciali caratteri che può avere il giudizio ‘misto’; appunto perchè è nella natura di ogni essere ‘misto’ la perpetua variabilità, derivante dalla maggiore o minor prevalenza dell’uno sull’altro di cui si fa la mistura. (...). Il concetto generale del processo ‘misto’ non è la ‘compenetrazione’ dei due processi, per guisa che ne sorga un terzo metodo tutto speciale: non è la ‘mixtio’ in senso proprio: è piuttosto la ‘riunione’ e l’alternamento di ambedue le vecchie forme.” (CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*, pp. 387-388).

³³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Clássicos Jurídicos (1ª ed. 1974). Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 246.

corresponde à forma clássica do processo penal inglês.³³¹ Se no primeiro caso,

³³¹ Trafegar na direção de algum outro modelo possível, pouco atraído pela força de empuxo da inquisição, é deslocar-se para o ambiente anglo-saxão, por onde a questão da cidadania tem estreita vinculação com o *common law*. A história do direito na Inglaterra assemelha-se a dos países do continente até os séculos XII e XIII. Tendo feito parte do Império Romano até o século V – em que pese a pouca extensa romanização –, a partir do século VI, as invasões de povos como os Anglos, os Saxões e os Dinamarqueses desenvolveram reinos germânicos com suas respectivas “leis bárbaras”. Com efeito, depois da conquista da Inglaterra, em 1066, na batalha de Hastings, por Guilherme, duque da Normandia, abre-se o fluxo para o feudalismo (LOSANO, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 324). Verifica-se desde então a disputa entre os reis e os barões, não obstante seus sucessores terem conseguido manter e desenvolver a autoridade real. Ao poder central não interessava as velhas práticas germânicas feudais e sim o fortalecimento da figura do Rei. Os Reis da Inglaterra conseguem desde o século XII impor a sua autoridade sobre o conjunto do território e desenvolver suas próprias jurisdições com prejuízo daqueles senhoriais e locais. O Rei julgava, a princípio, no seu Tribunal, a *Curia regis*, onde muito cedo ainda foi especializada para atender diferentes matérias: o Tribunal do Tesouro (*Scaccarium, Court of Exchequer*), o Tribunal das Queixas Comuns (*Court of Common Pleas*), a partir de 1215, para processos relativos à posse da terra, e o Tribunal do Banco do Rei (*Court of King’s Bench*) para julgar os crimes contra a paz do reino. Os dois primeiros com sede em Westminster e o último, que era um tribunal volante que acompanhava o Rei nos seus deslocamentos (*bench coram rege*), somente no XV passou a ter sede nos arredores de Londres. Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao Rei podia endereçar-lhe um pedido, pelo Chanceler, que, examinando-o, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem chamada *writ* (em latim: *breve*; em francês *bref*) a um *sheriff* ou a um senhor para ordenar ao réu que desse satisfação ao queixoso. É a partir desta estrutura que, no reinado de Henrique II (1154-1189), o *common law* vai aparecer tal como se conhece até hoje. Foi ele que organizou a justiça e o exército eficazmente. Ainda que também apareçam técnicas de instrução semelhantes às praticadas no continente, ali a fórmula inquisitiva não inspira as mesmas soluções. Presente a *inquisitio*, a investigação itinerante realizada pelo bispo e *synodus*, a reunião dos fiéis acompanhados do pároco, ambos estão presentes. Operações análogas são feitas pelos emissários do rei neste contexto. Da mesma forma, a política real exigia os automatismos, incompatíveis com as acusações privadas. Todavia, o ambiente dos barões normandos e as assembleias saxãs rechaça o acusador-funcionário, *procureus* e *avocats du Roi*, tal como surgido na França. Radical diferença. Como referido, sofisticada um sistema de controle social do fim da época carolíngia: o célebre *Domesday Book* (livro de todos os detentores de bens imobiliários na Inglaterra estabelecido com finalidades fiscais) é resultado de um grande inquérito no decurso do qual enviados do Rei interrogam em cada região ou aldeia alguns notáveis qualificados *juratores* para dizer a verdade (*verdictum*) (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, pp. 209-210 e 214). Os mecanismos acabam aprimorados por um conjunto de medidas tendente a acabar com as ordálias. Em 1166, o rei institui o *Writ* chamado *novel disseisin*, que encarrega o juiz real itinerante (*sheriff*) de reunir doze homens para decidir sobre o desapossamento de terras; assim eliminou o duelo judiciário praticado até ali. Fundamentalmente, na mesma data, entrega a acusação pública em matéria criminal não a um funcionário, uma espécie de Ministério Público, mas à comunidade local. Os Tribunais de jurados de Clarendon ditam a originalidade: um grande corpo de 23 jurados (*Grand Jury*) em cada condado (*county*), de 12 em cada centena (*hundred*) formula a acusação dos crimes mais graves (*indictment*) diante de juízes reais itinerantes, torna-se o júri de acusações; na medida em que um órgão de decisão comunitária formado por 12 *homines probi* (*petty jury*), submetem-no à julgamento (*trial*) declarando-o ou não culpado (*guilty or innocent*); o júri é que era a prova dizendo a verdade (*vere dictum – verdicto*). Recusando-se a se submeter a este tipo de julgamento sofria *peine forte et dure* segundo o Statute of Westminster I de 1275. Neste rudimento de processo, sob os auspícios de uma “sabedoria orgânico-comunitária”, o acusado *put himself on the country*, entrega-se ao

indubitavelmente, o exemplo-padrão é visto desde um processo sem partes, vez que as funções se depositavam exclusivamente na mão do juiz, a vantagem (aparente) que tal estrutura propunha – aquela que o juiz, concentrando tarefas, poderia facilmente e mais amplamente informar-se de *todos* os fatos entendidos como relevantes – pôde ser

juízo coletivo, o que de alguma forma criava um costume de decisões criticamente elaboradas em comum, com a exigência de prudência aos chamados ao *vere dictum*. Um *trial by jury*, patente no estilo de luta em debate, é o que prosperará na ilha como alternativa às ordálias e duelos, sobremaneira, pondo freios à instalação da inquisição (HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L'Instruction Criminelle*, pp. 19-20). Natural assim que houvesse uma centralização de poder. Assim, nesta época já estávamos na era absolutista, o que acarretou que surgissem entrechoques com os barões (grandes vassalos) e com a própria Igreja. Mas a crise, não obstante, veio com o Rei João Sem-Terra, usurpador do trono de Ricardo, Coração de Leão (1189-1199), que havia sucedido Henrique II. Ele perde os feudos de domínio inglês na França e não reconhece o bispo de Canterbury, sendo excomungado e posto a Inglaterra em *interdicto* pela Igreja. Por outro lado, os senhores feudais bem que tentaram lutar contra o desenvolvimento dos *writs*, que passaram rapidamente a formas estereotipadas que o Chanceler passava após pagamento. Pela Magna Carta de 1215 conseguem pôr freio às jurisdições reais sobre as dos barões e grandes vassalos, o que de alguma forma se tornará a base de princípios fundamentais de processo penal. A sua clássica cláusula 29 prescreve: “*nullus liber homocapiatur vel imprisonetur aut disseisiatur de aliquo libero tenemento suo vel libertatibus vel liberis consuetudinibus suis aut utlagetur aut exuletur auti aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mitemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terra. Nulli vendemus nulli negabimus aut differemus rectum vel iusticiam.*” (nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado da sua liberdade, ou de seu feudo, ou dos seus tributos, ou será marginalizado ou banido, ou de qualquer outra forma vilipendiado; nem se lhe passará qualquer condenação a menos que ela ocorra dentro de um julgamento justo, pelos seus pares, de acordo com as leis da terra. Nenhum homem será por nós vendido, nem lhe negaremos ou retardaremos seja a justiça ou o direito). Pelas *Provisions of Oxford*, em 1258, eles obtêm a proibição de criar novos tipos de *writs*, mas o *Statute of Westminster II* (1285), documento capital na história do *common law*, concilia o interesse do rei com os dos barões impondo o *statu quo*. A conjuntura acaba por trazer a reboque um maior controle de todos sobre o Rei e faz nascer um certo sentimento de cidadania (HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L'Instruction Criminelle*, p. 110 e LOSANO, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, pp. 329-330). Importante, a saber, que a estrutura do *common law* ligada aos *writs* (ações judiciais sob a forma de ordens do rei) tornou por isso quase impossível o recurso ao direito romano como direito supletivo. O processo é assim aqui mais importante que as regras de direito positivo: *remedies precede rights*. Ele foi realmente criado pelos juízes dos Tribunais reais de Westminster, que, pelo menos desde o século XIV, tornaram-se juízes profissionais; além de serem práticos, formados como litigantes (*barristers*, advogados), e não legistas formados nas universidades na disciplina de direito romano (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 213). A que se dizer, ainda, que, durante o século XIV e XV, o *common law* tornou-se mais técnico, devido ao quadro rígido e estrito do processo dos *writs*, fazendo-se com que nascesse uma nova jurisdição mais flexível a novos direitos: a *Equity*. Assim, o *Lord Chancellor* passou a decidir por equidade, sob base de um processo escrito inspirado pelo direito canônico e princípios muitas vezes extraídos do direito romano, sem ter em conta as regras do processo e mesmo de fundo do *common law*. A jurisdição de *equity* foi alargada pelo Rei no século XVI, favorável ao seu poder absoluto, em detrimento da tradicional *common law*, subsistindo um sistema dualista de direito até a fusão realizada só em 1873 e 1875 (*Judicature Acts*), “*estabelecendo que Common Law e 'equity' deveriam ser administrados pelos mesmos tribunais, que deveriam dar procedência à 'equity' em caso de conflito entre os dois sistemas*” (LOSANO, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, p. 331).

tranquilamente transportada adiante e sobreviver nas estruturas vindouras não desnaturando sua concepção. No direito processual penal inglês clássico, deparar-se com o polo contrário em que, fundamentalmente, num processo genuinamente de partes, a célebre passibilidade do juiz britânico é retratada na postura de sequer colher durante o julgador qualquer material probatório, pois função das partes, cabendo-lhe apenas dirigir a audiência. A intenção de lograr uma verdade material, cede ao desejo de assegurar ao arguido a máxima garantia da sua liberdade e de seus direitos individuais. “*O processo surge, deste modo, como uma discussão, luta ou duelo que entre acusador e defensor se estabelece, perante o olhar imparcial do juiz.*”³³²

Não há mais *sistemas puros*, todos são mistos, em maior ou menor medida – que não se canse de lembrar. Esta, todavia, não será a questão nodal ainda. Necessário é perceber que, da mesma forma, não temos um terceiro modelo processual penal com este nome: *sistema misto*. O dito *sistema reformado, napoleônico* – foi necessário fazermos algum minucioso repasse histórico –, trazido por esmagadora doutrina como *estrutura* outra, não possui um modo de atuação que nos faça pensar que não seja essencialmente inquisitório.³³³ Ser *misto* significa ser essencialmente inquisitório ou acusatório.³³⁴ Tal como o nosso panorama legislativo do Código de Processo Penal

³³² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, pp. 247-248.

³³³ Não há um sistema processual penal novo no refluxo inquisitório napoleônico: “*Concetti troppo radicati per dissolversi con il ripudio ufficiale della tortura: il «sudito» è ormai un «cittadino», e i nuovi orientamenti della gnoseologia giudiziaria impongono l’uso del contraddittorio; ma o la vischiosità delle tradizioni (che sono idee cristallizzate in abitudini) o l’eccesso di cautela hanno suggerito un espedienti che nella storia degli istituti è fra i più singolari: approssimativamente, si può dire che sia stata conservata la struttura del processo inquisitorio (eccettuata la tortura), con l’innesto di un’appendice denominata ‘dibattimento’; secondo la formula tramandata, il processo si compone di un’istruzione, scritta e segreta, e di un dibattito orale e pubblico. (...) il dibattito è ridotto ad un torneo oratorio sulle risultanze dello stadio anteriore. (...) l’idea del processo a due tempi – inquisitorio il primo e accusatorio il secondo – repugna alla ragione, per quanto possa sedurre i ricercatori del compromesso per vocazione.*” (CORDERO, Franco. “La Riforma Dell Istruzione Penale”. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Anno VI. Fasc. 3 (Luglio-Settembre). Milano: Giuffrè, 1963, pp. 716-717; aparece o presente artigo como capítulo VII, três anos depois, em CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, pp. 153-155).

³³⁴ Giovanni Conso novamente ajuda a arrematar. Hoje, diz ele, somente possuímos processos de tipo misto, coordenados com a fisionomia dos dois sistemas tradicionais. Afirma: “*Ed ecco progressivamente attenuarsi la purezza del sistema accusatorio, tramite l’infiltrazione di aspetti propri del sistema inquisitorio: infiltrazione più o meno intensa, a seconda dei popoli e dei momenti storici. Di qui il succedersi e moltiplicarsi di processi di tipo misto, non riconducibili ad uno schema preciso. Misto dicese, infatti, ogni ordinamento risultante dalla combinazione dei caratteri del sistema accusatorio con i caratteri di quello inquisitorio (...) in svariatissimi modi. (...) Naturalmente, pure i sistemi misti presentano graduazioni e consentono classificazioni*”. Mas importante fixar, em particular, como afirma o autor, que a distinção se

brasileiro inquisitório ajuda a confirmar, não há um princípio unificador que possa identificá-lo, senão formalmente, como um terceiro sistema. Por isso não bastará aqui ficarmos restritos ao mero exame acerca da presença de partes processuais – a ideia de Bulgaro do *Iudicium accipitur actus as minus trium personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognoscentis* ou, na forma sintética consagrada, *Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*, por certo, a inquirição prescindia, de início em seu momento *puro*, contudo, percebe-se que as pulsões totalitárias independem do exemplo-padrão de um processo sem partes, com todas as funções exclusivamente nas mãos do juiz.

O método inquisitorial é percebido bem cedo³³⁵ (para quem estivesse disposto a notar), até mesmo poderá dizer que se aperfeiçoou, atingiu seu auge e melhor retrato exatamente para reafirmar seu perfil, como escrito, em 1670, e depois camuflado em 1808, exatamente na presença de uma parte processual responsável pela demanda persecutória.³³⁶ Se é que pudemos falar em *processo* inquisitório, senão por argumento,

faz segundo “*a sfondo prevalentemente accusatorio o a sfondo prevalentemente inquisitorio.*” Necessário dizer que ao fazer a devida diferenciação entre os esquemas, ainda que traga como traço marcante da diferenciação, no sistema acusatório, “*esclusione di qualsiasi libertà del giudice nella raccolta delle prove sia a carico che a discarico*”, além de ser a “*allegazione delle prove da parte dell’accusatore e dell’imputato*”, enquanto no modelo inquisitório domina a “*piena libertà del giudice nella raccolta delle prove*”, circunscreve, em suma, sobretudo timidamente, que “*Nell’inquisitorio, invece, le tre funzioni si accentrano tutte in solo soggetto (...) del giudice-accusatore*”. Mas, ao que nos interessa, não concede uma terceira figura ao dito processo misto (CONSO, Giovanni. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, pp. 09-10 e 07-08, respectivamente).

³³⁵ “*Quanto al modelo ‘inquisitorio’, lo si riconduce a sua volta a ‘sistema’, o a ‘modelo’, individuando talune caratteristiche specularmente opposte a quelle definite per l’‘accusatorio’, ache facendo riferimento ad esperienze storiche di gestione del processo penale all’insegna dell’accentuazione del ruolo dell’autorità in una funzione di ‘ricerca’ o di ‘indagine’ (inquisitio), attraverso la quale giungere ‘alla verità’, ma soprattutto a ‘mettere la mani’ su (veri o presunti) colpevoli di reati*” (CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*, p. 12).

³³⁶ O Ministério Público, em linhas gerais, nasce na França já no cenário do século XIV em figuras como o *procureur* e o *avocat du Roi*; o primeiro *persegue*, e o segundo discute no despacho judicial, e como não existe uma oralidade penal, termina confinado às causas civis. Ator público com poderes exíguos, em função da figura dilatada do juiz, que, mesmo que autorizado a investigar, logo é excluído do trabalho de instrução, pois mais comum vai se tornando a iniciativa de ofício. Assim, com o passar do tempo, em vista do automatismo inquisitivo, resta pouco congruente. Na época moderna, como vimos, é produto napoleônico, herdado da restauração inquisitiva; convertido em funcionário do governo, atuante numa estrutura burocrática, passa a exercer o monopólio da ação penal (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 189). Há pouco que se duvidar do nexos entre sistema inquisitivo e Ministério Público. Não podia o Estado abandonar o poder de punir nas mãos de particulares e, querendo manter o monopólio da repressão, como vimos, a restauração divide o processo em fases, camufla a instrução de cariz inquisitória, para isto *fabrica* uma “parte” responsável pela ação penal distinta do juiz, quiçá dando um *up grade* à inquisitorialidade desejada (“*l’interesse*

já que se trataria de um *contraditio in terminis*, como diz Montero Aroca³³⁷. Isto desloca

pubblico alla repressione esige ordigni indipendenti dagli umori delle parti. Quest'automatismo è variamente concertabile. (...) nell'apparato inquisitoriale duecentesto, ecclesiastico e laico, l'impulso viene dal'organo giudicante; in Inghilterra agiscono veintiquattro esponenti della comunità locale con un 'vere dictum' giurato; nell'area francese nasce un organo a funzione persecutoria, distinto dal giudice." CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 155). Aqui o erro histórico da pretendida imparcialidade do MP. "Se c'è figura ambigua nel processo (...) è il pubblico ministero (...) la sua ambiguità mi ha colpito a tal segno da farmi venire in mente la quadratura del circolo: non è come quadrare un circolo costruire una parte imparziale? (...). Il pubblico ministero è un giudice che diventa parte. Perciò invece di essere una parte che sale, è un giudice che discende. (...) Concluendo, (...) la parte non può non cercare di non essere parte, cioè di essere imparziale: di trasformarsi in giudice, insomma. Il che, almeno se è fatto sinceramente, indebolisce la sua opera di parte. Ora ciò di cui giudice ha bisogno, soprattutto, nella discussione, è che 'la parte sia parte'; ha bisogno, insomma, della sua parzialità. Qui riaffiora l'idea del dubbio e, insieme, quella del duello. Il pubblico ministero, se fa il giudice, invece che la parte, tradisce il suo ufficio (...). Lo schema ideale della discussione è questo: il pubblico ministero espone le ragioni dell'accusa e il difensore quelle della difesa (...). Il risultato del loro duello dev'essere il dubbio; nient'altro che questo. (...) Solo coltivando il dubbio si rende possibile il germogliare del giudizio." (CARNELUTTI, Francesco. "Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto". In: *Rivista di Diritto Processuale*. Num. 4. Volume VIII – Parte I. Padova: CEDAM, 1953, pp. 257-264; também em CARNELUTTI, Francesco. "Poner en su Puesto al Ministerio Público". In: *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994, pp. 209-218). Enfim, não se pode ocultar que o promotor exerce a função verdadeiramente de acusador, querer que seja um órgão imparcial isto, ao processo, não representa mais que uma molesta e inútil duplicidade (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Volume 1, pp. 218-220). Quanto à fórmula prodigiosa de dizer que o Ministério Público não é parte, mas "órgão de justiça", não "basta escogitare un segno verbale (che per di più non dice molto) per truccare la realtà; il pubblico ministero formula domande (...), contraddice nel dialogo: il sostantivo «parte» non significa nient'altro che questo. Ora, che simili funzioni siano cumulate con altre tipiche del giudice, è un'anomalia che nessuno può negare, finché il senso della realtà e la logica non siano banditi dal processo." (CORDERO, Franco. "La Riforma Dell Istruzione Penale", p. 718 ou CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, pp. 156-157. Dirá Goldschmidt, ao se atribuir a denominação de "Promotor de Justiça", ou seja, órgão oficial com a missão de promover a ação penal, não se pode exigir da parte acusadora imparcialidade, o que acarreta o mesmo erro psicológico creditado ao processo inquisitivo, de poder exercitar funções tão antagônicas como acusar e defender (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, pp. 28-29) – sobrecarga psicológica também encontrada naqueles juízes que pensam poder exercer a *gestão da prova* sem qualquer dano as suas funções. Conso, por sua parte, talvez vá no que há de nodal. Ressalta que, com o desenvolvimento do acusador público, quer dizer da acusação como exercício de um público ofício conferido a determinada pessoa representante da sociedade atingida, desenvolveram-se difíceis condições de alguma manutenção do equilíbrio entre acusação e defesa, exatamente porque juiz e acusador são órgãos do Estado, postos como vizinhos a conversar, "con il pericolo di una sovrapposizione dei rispettivi compiti e di una confusione delle rispettive funzioni", seja porque, diante de um suposto interesse da sociedade, "gli interessi dell'individuo tendono inevitabilmente a passare in seconda linea" (CONSO, Giovanni. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, p. 09). Daí começamos a trafegar sob terreno movediço de extrema importância.

³³⁷ Para o autor: "no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es no procesal, el inquisitivo, y otro sí es procesal, el acusatorio." (MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal*: una explicación basada en la razón.

o problema simplesmente para um patamar muito mais complexo e importante, pois identifica a característica fundamental do sistema inquisitório, como faz Miranda Coutinho³³⁸, via Cordero³³⁹, na *gestão da prova confiada essencialmente ao magistrado*. Aqui chega-se ao local do *núcleo fundante*, ponto nevrálgico de sua identificação. Podemos, assim, ter um processo inquisitório e de partes, como apraz, frise-se, é o nosso Código de Processo Penal em vigor.³⁴⁰ Mais: podemos ter um

Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 28-30 e MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 106-107). Obviamente, de algum ponto, esta posição extremada que assevera que “*los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen valor alguno, sirviendo únicamente para confundir o para enturbiar la claridad conceptual*” acaba por diluir/pulverizar as diferenças estruturais entre ambos os estilos ao não supor(tar) um modelo inquisitório de partes. Bastaria, tensionando o argumento, que fenomenologicamente estivéssemos diante de um reperto heterônimo qualquer, quer dizer, na presença de partes e um terceiro “imparcial” para que houvesse um *processo acusatório*. Assim, sempre seria um pleonasma dizê-lo. Se, por um lado, precipitadamente parece hábil a lidar com sistemas concretos, sempre mesclados hoje em dia (com a ação penal a cargo de outro órgão que não o juiz), naquilo que poderia importar a ingerência de um mecanismo de avaliação como a *gestão da prova a cargo do juiz*, a inquisitorialidade apareceria sempre como um ruído do sistema e não como sua característica central.

³³⁸ Em seus diversos trabalhos, mas, especialmente, em MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24 e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro”. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano I – Nº 01. Porto Alegre: !TEC/Notadez, 2001, p. 28. No mesmo sentido, alguma doutrina crítica pode ser encontrada em: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 74-83; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 313-316; PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 104 ss. e AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal: Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 125-133.

³³⁹ “*Gli aggettivi ‘inquisitorio’ e ‘accusatorio’ (di cui si fa un uso insistente nelle discussioni de ‘jure condendo’) sono i termini di una antitesi costruita sul rapporto parti-giudice; ma nemmeno qui il significato delle formule è unívoco: esso varia secondo che si consideri l’iniziativa nell’instaurare il processo ovvero le modalità di acquisizione delle prove. In un senso, si dice processo inquisitorio quello che si risolve nella relazione giudice-imputato (l’imputazione e la sentenza sono opera di uno stesso organo); nell’altro, la medesima parola designa un processo nel quale le prove siano raccolte segretamente. La prima direttiva non implica la seconda, sicchè conviene precisare caso per caso il valore dell’aggettivo: è immaginabile un processo instaurato ‘ex officio’, nel quale il difensore assista alla formazione delle prove; ed è pure possibile che, malgrado la distinzione organica tra accusatore e giudice; l’imputato sia estraniato dallo svolgimento dell’iter istruttorio (...). La storia del processo inquisitorio (nel modello offerto dalla prassi italiana nei secoli del Rinascimento) rivela un complesso fondo culturale, in cui si mescolano scrupolo di verità e spirito formalistico.*” (CORDERO, Franco. “La Riforma Dell’Istruzione Penale”, p. 715 ou CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, p. 152).

³⁴⁰ Antecipa-se o alerta do exame futuro do art. 156 I e II, dispositivos que atribuem ao juiz poderes instrutórios, a rigor, antes mesmo do início do processo penal, que externam a adoção

processo igualmente em que se consagre a separação (inicial) de atividades, associada a outros princípios como oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado etc., e não isentar de sê-lo inquisitório.

Princípio aqui visto não como mera hierarquização, mas como diferenciação. Acumulando funções, o decisor antecipa o juízo, ao menos em alguma medida, e qualquer “afeto” (tanto no sentido mais superficial de *ser tocado*, quanto na qualidade mesma profunda de *estima*) pelo contraditório é perdido por traição – assassinado ele é antes mesmo de se realizar. Contraditório abortado, natimorto. Suma: o *índice de inquisitorialidade* está localizado no exame acerca de dispositivos que permitam a atuação probatória do magistrado – não apenas estes por certo, mas qualquer movimento *ex officio*³⁴¹ – que se refletirá no exercício por ele de função de parte. Este é um passo irretorquível sobre o qual se deve movimentar um estudo capaz de captar as ondas inquisitivas que funcionam permanentemente no processo penal. Peca pela simplificação excessiva os posicionamentos que se vergam ao redutor aspecto da separação de funções, como se tais atribuições, investidas em atores jurídicos diferentes, não pudessem eles mesmos estar nelas confundidos. Pensar o sistema acusatório desconectado desta visão desde o princípio da imparcialidade é incorrer em grave equívoco.

Sobre um horizonte corajoso, Ferrajoli³⁴² consegue bem traçar um quadro panorâmico sobre a tendência crítica consolidada, asseverando que a distinção dicotômica entre sistema acusatório e inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico. Quanto ao sistema acusatório, fazem parte da tradição histórica do seu modelo bem como de seu arcabouço teórico, daí podendo-se dizer ser de caráter essencial a rígida separação entre juiz e acusação, a igualdade entre acusação e defesa, a

do *princípio inquisitivo*, fundam um *sistema inquisitório* e fulminam a *imparcialidade* do julgador.

³⁴¹ De pouco adiantará a separação *inicial* das atividades de acusar e julgar, com o Ministério Público formulando a acusação, se ao longo do procedimento o juiz assume um papel ativo na busca da prova ou pratica atos tipicamente da parte acusadora, como assaz se percebe em nosso sistema: permitir que o juiz de ofício determine uma prisão preventiva (311), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127), ouça as testemunhas além das indicadas (art. 209), proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196), determine diligências de ofício durante a processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156 incisos I e II), reconheça agravantes ainda que não tenham sigo alegadas (art. 385), condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383), admita o chamado recurso *ex officio* (art. 574 I e II, do CPP) etc.

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 563-567.

publicidade e a oralidade do júízo. Por outra parte, são tipicamente do sistema inquisitivo a iniciativa do juiz no âmbito probatório, a desigualdade de poder entre a acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução. A diferenciação se torna útil, segundo ele, antes de tudo para a formação de dois modelos de juiz e de júízo. Pode-se chamar acusatório a todo sistema processual penal que concebe um juiz como um *sujeito passivo* rigidamente separado das partes e a um júízo desde uma contenda entre iguais, iniciado pela acusação, a quem compete a carga da prova, enfrentada com a defesa num júízo contraditório, oral e público e resultante segundo a livre convicção do juiz. Ao inverso, inquisitório seria todo sistema processual penal em que o juiz proceda de ofício a busca, recolhimento e valoração da prova, chegando ao júízo depois de uma instrução secreta e escrita de que estão excluídos ou, em qualquer caso, limitados o contraditório e o direito de defesa. O que não obstará dizer que o elemento constitutivo mais importante de todo o modelo teórico acusatório como pressuposto lógico e estrutural dos demais é a separação do juiz e acusação. Mas aqui, bem visto, ele dá o sinal do que isto significa, sobretudo, atualizando e potencializando o que há de necessário para esta garantia da separação das partes: ela representa, por uma parte, uma condição essencial de imparcialidade (*terzeità* – “*a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa*”³⁴³) como garantia orgânica do juiz a respeito das partes; por outra, um pressuposto da carga da imputação e da prova, que são as primeiras garantias processuais do júízo.

A identificação do núcleo fundante, quer dizer, a percepção do *princípio dispositivo* que funda o sistema acusatório está na *gestão da prova confiada às partes* frente a um *juiz espectador, árbitro, sujeito passivo e desinteressado* das funções de acusação, doutro modo a gestão da prova estando nas mãos do julgador, de um *juiz-ator*, fundado estará um sistema inquisitório. Partindo-se da premissa do respeito às “regras do jogo”, alicerçado na ideia da divisão de tarefas de julgar, defender e julgar, alheio à satisfação do resultado obtido a qualquer modo, tal como no processo inquisitório, no processo acusatório é sobre a defesa dos direitos fundamentais do acusado que deve pesar o “*formalismo accusatorio: quanto meno spazio occupa l’organo giudicante, tanto più pesano i riti*”.³⁴⁴ Assim, são os atos que estes sujeitos praticam que hão de diferenciar os vários modelos processuais. A gestão da prova e a

³⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 580.

³⁴⁴ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 99.

acusação são atividades que devem ser olhadas tendo em vista os sujeitos que as realizam, e assim se verá se estarão exercendo tarefas alheias a sua função ou não.

O processo inquisitório, desde uma lógica autoritária, consiste na realização do direito penal material, realizar o poder de punir do Estado, que nesta ótica trata-se de efetivar o *direito de punir*³⁴⁵, e na linha contemporânea de uma cultura penal autoritária

³⁴⁵ A tradição sistematizada, ao menos desde Arturo Rocco, não se deixa perder. Desde os seus trabalhos que vieram à luz em 1932, ele apõe, a um objeto que é a *pena* (desde uma concepção plenamente legitimada), a sustentação conceitual autoritária de um *direito subjetivo de castigar* (*ius puniendi*). A determinação técnico-jurídica (como vimos que inspirou o código de processo penal italiano de 1930) do conceito de *direito de punir* como *direito subjetivo* está, segundo ele, estreitamente conectada com a relação jurídica que se estabelece entre Estado e réu. Antes disso, a que se lembrar que o fizera desde Karl Binding, diz Rocco: “*derecho subjetivo de punir (ius puniendi) es la facultad del Estado de accionar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal, en sentido objetivo) que garantizan el alcance de su objeto punitivo y de pretender para otros (reo) esto a que está obligado por fuerza de las mismas normas*” (ROCCO, Arturo. “Sobre el Concepto del Derecho Subjetivo de Punir”. In: *Cinco Estudios sobre Derecho Penal*. ROCCO, Arturo. Traducción de Bernardo Nespral et.al.. Montevideo-Buenos Aires: B de f-Euros, 2003, p. 17). Em geral, este *direito subjetivo de punir* seria um *poder político penal* disciplinado pelas normas de direito penal convertido agora num *poder jurídico* de acionar a busca por este objetivo. Aparece, desta maneira, o *direito de punir* como um *direito subjetivo público* (do Estado) atrelado, segundo o autor, a um particular *direito de supremacia*, ou seja, derivado de um status geral de *subordinação e obediência política* frente ao ente estatal. Por evidente que, neste contexto, o objeto deste *direito de punir* é a pessoa do súdito enquanto autora da violação de um preceito jurídico penal: “*el derecho de punir es, pues, un ‘derecho sobre otra persona’*” (ROCCO, Arturo. “Sobre el Concepto del Derecho Subjetivo de Punir”, pp. 19-22). A sujeição ao Estado da pessoa do réu deve ser tão completa, segundo afirma, que chega a *destruir a sua personalidad*. Mas não absoluta, reluta eufemisticamente Rocco, pois antes resguarda, desde o direito positivo, capciosamente, alguma dignidade da pessoa. Até mesmo para se garantir, na sua construção teórica, um suposto correlativo – imaginemos o grau de paridade de condições desta situação – direito do réu frente ao Estado (*direito de liberdade* – como se tal fosse meramente, e não um *princípio fundamental*). Conjugam-se na pessoa do réu, agora não somente a caracterização de *objeto*, mas também de *sujeito passivo* do direito de punir do Estado: “*el derecho de punir se explica así, en un determinado momento, ‘respecto’ del reo y ‘hacia’ el*” (ROCCO, Arturo. “Sobre el Concepto del Derecho Subjetivo de Punir”, p. 26). É este momento de direito *sobre* o réu que será chamado de *pretensão jurídica*. E a ela corresponde uma *obrigação* – uma relação jurídica de caráter obrigatório (um *dever jurídico*), pois, se estabelece. Uma relação jurídica obrigatória, afinal *punitiva*, a que está obrigada a pessoa do réu. Se por um lado a norma atribui ao Estado uma *pretensão punitiva*, por outra parte impõe ao delinquente um correlato *dever jurídico* que repousa no interesse de se submeter à pena: “*uno de ellos es la ‘pretensión jurídica’ penal (...), el otro, el correspondiente deber jurídico del reo de someterse obligatoria y coactivamente a la pena.*” (ROCCO, Arturo. “Sobre el Concepto del Derecho Subjetivo de Punir”, p. 31). Ademais de ser o *direito subjetivo de punir* o exercício de uma *exigência* como *pretensão*, naturalmente, desde este ponto de vista, pouco afeito aos acordos democráticos, trata-se de um *interesse coletivo ou social*, essencialmente *preventivo* que se exerce mediante a *repressão*, na senda das mais obtusas teorias de legitimação da pena. A atuação para a punição do réu, assim legitimada, torna-se um dever que o Estado tem de cariz *ético ou moral*, pertinente, como quer o autor italiano, às categorias dos chamados *direitos cívicos* (ROCCO, Arturo. “Sobre el Concepto del Derecho Subjetivo de Punir”, p. 40). Assim, em linhas gerais, mas com pouco lapso para erro, para este sustentáculo (por que não?) de um processo penal fascista, estaríamos frente a um

equivale demandar do magistrado penal a função de segurança pública. Ao se atribuir o poder de produzir provas e outras atividades de ofício ao juiz, além de deformar a estrutura dialética, confundem-se as *tarefas de acusação* – de supor(tar) a *pretensão acusatória*³⁴⁶ –, funde-se ao próprio chamado *direito de ação*, função daquele detentor

direito subjetivo público que o Estado passaria a ter diante do desrespeito de alguém frente a uma norma de direito material. O processo penal, não como instrumento constitucional da máxima eficácia dos direitos fundamentais, estaria aí meramente para realizar uma *pretensão punitiva* nascida da violação da norma penal/lesão ao bem jurídico. Por esta exigência, o Estado, pelo Ministério Público, passaria a ser *credor*, tal como no direito privado (processo civil), de uma pena a ser adjudicada mediante o processo penal, visto apenas como instrumento de tutela daquele *direito subjetivo de punir*. A passos largos vamos na direção esquizofrênica de um Estado autoritariamente detentor de um triplo direito: um *punitivo*, um de *ação* penal e um de *sentenciar*. Dentre outras, por esta razão a crítica profunda de Goldschmidt quanto à *exigência punitiva* de Binding: “*la consecuencia jurídica del Derecho penal ‘no es la pena’, sino ‘el derecho subjetivo de penar’ y (...) este derecho no puede ejercerse fuera del proceso*” (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, pp. 22 e ss., cit. p. 26). E a isto estamos colados profundamente ainda, diante de materiais sobre os quais se constrói um processo penal autoritário, desde a simples atribuição da existência de *lide* no processo penal, mal sabendo a que isto se atrela (como é que falaremos nela se, da lesão ao bem jurídico, não se deduz um *ius puniendi*, mas uma *pretensão acusatória*, um poder de submeter alguém a um processo; e muito menos haverá qualquer direito a ser adjudicado desde uma *exigência punitiva*, alijando, pois, para longe qualquer conflito de interesses, senão acriticamente, entre *ius puniendi* e *status libertatis*?), passando pela *pretensão punitiva* que, na mesma toada, segue sendo amplamente aceita nas lições doutrinárias.

³⁴⁶ Ainda que o processo acusatório tenha se configurado segundo o modelo do processo civil, como um *actus trium personarum*, o sentido desta medida política não deve fazer o processo penal ser visto mecanicamente desde o processo civil, pois fundamental compreender que, no processo penal, a situação da parte ativa é completamente diferente da do autor no processo civil. O Ministério Público – vimos – não faz valer no processo penal um direito próprio através da sua adjudicação, tal como aquele autor do processo civil, senão como afirma Goldschmidt, que “*afirma el nacimiento del derecho judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber*” do Estado, pois ele é o detentor do poder de punir representado na figura do juiz que apenas se realizará via processo (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 28). O processo penal deve possuir categorias próprias: “*por primário, não se há de construir uma teoria, muito menos geral, quando os referenciais semânticos são diferentes e, de consequência, não comportam um denominador comum. Pense-se só nos casos citados, ou seja, entre DPP e DPC o princípio unificador, o sistema e o conteúdo são distintos, resultando daí uma TGP plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no DPP naturalmente. Urge, portanto, uma teoria geral do direito processual penal arredia à falta de ensanchar da teoria geral do direito processual civil, pelo menos para poder-se ter uma base mais coerente no momento de uma reforma que pretenda não ser só de verniz* (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais” *In Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. WUNDERLICH, Alexandre. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140). A despeito das errôneas analogias com o processo civil que ainda dominam o cenário até hoje, em virtude da tão prolatada *Teoria Geral do Processo* (difundida no Brasil por Liebman como conteúdo do processo penal, no pós-guerra, pela Escola Paulista de Processo (ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Tomo II (nº 12-30). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 527-528), Figueiredo Dias escreve: “*o tempo das grandes teorias gerais parece ser, para o pensamento jurídico, um tempo definitivamente*

passado, por nelas estar latente o perigo de quebrarem a relação, que cada vez se quer mais próxima e estreita, da ordem jurídica com a vida e a realidade social que aquela procura servir” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, p. 54; cf., no mesmo sentido, CONSO, Giovanni. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, pp. 3-4). No Brasil, há que se destacar o pioneirismo de Lauria Tucci quanto à crítica da teoria geral do processo, especialmente quanto a “civilizar” o processo penal: “*esse, aliás, foi um dos (...) aspectos negativos da grandiosa obra de José Frederico Marques, ao transplantar (...) institutos de processo civil para o processo penal, numa nítida adaptação dos Elementos de direito processual penal às Instituições de direito processual civil. (...) E o pecado tornou-se maior, também inequivocamente, em razão de, dada a reconhecida autoridade do saudoso mestre, muitos processualistas (...) terem-no seguido, descuidada ou cegamente, incorporando-se numa prolixa e confusa concepção, que poderia ser denominada ‘teoria civil do processo penal’.*” (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*, p. 54.). Ainda, sobre o conceito de *lide* de Carnelutti que, por si, possibilitou a construção de elementos comuns aos tipos processuais atinentes a uma “teoria geral do processo”, depois ultrapassada pelo próprio mestre italiano, como referida em nota adiante, e a adoção do *caso penal* como conteúdo do processo penal, ver MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. Aqui já adentramos em terreno por demais movediço que serve à definição dogmática das funções de acusação e, naturalmente, diz respeito ao abismo sobre o qual se debruça a delimitação do *objeto/contéudo* do processo penal. Ademais, em comunhão de esforços, há de se destacar, sob profunda análise, para além do senso comum da *pretensão punitiva* de Karl Binding, corretamente a notável construção de Lopes Jr., desde Guasp, Goldschmidt e Gómez Orbaneja, acerca da *pretensão processual acusatória* (uma *declaração petítória* de que existe o *direito potestativo de acusar* e que procede a aplicação do poder punitivo do Estado) como *objeto* do processo penal (cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I, pp. 85-113). Acompanhando o argumento, pode-se dizer sinteticamente que no processo penal o acusador exerce o *ius ut procedatur*. Dirá Gomez Orbaneja junto com Herce Quemada, definindo a ação penal como uma faculdade de iniciativa processual: “*la acción como el derecho meramente formal de acusar. Mediante la acusación no se hace valer una exigencia punitiva, sino se crea tan sólo el presupuesto necesario para que el órgano jurisdiccional pueda proceder a la averiguación del delito y de su autor e imponer la pena al culpable.*” (GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 10ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1987, pp. 89-90). Quer dizer, direito abstrato ao processo, o *direito potestativo de acusar* (*pretensão acusatória*) contra alguém, desde que presentes os requisitos legais; e, de outro lado, é o juiz que detém o poder de punir, condicionado ao exercício integral e procedente da acusação. Conclui-se que dizer ser o *objeto* do processo penal a *pretensão acusatória* – de titularidade do Ministério Público ao qual corresponde um poder de invocação –, significa apontar a existência de uma faculdade de solicitar a tutela jurisdiccional, afirmando-se a existência de um delito, para poder se ver concretizado o poder punitivo a ser aplicado pelo juiz. Ao acusador corresponde um poder de invocação. O que se deve pontuar, sobretudo, é o contorno daquilo que se chamaria *direito de ação*, seus elementos e componentes, para que pudesse ficar aproximada a zona de conflito sobre a qual o magistrado não deve tráfegar. Noutros termos, ele não poderá se debruçar sobre atividades de persecução, que contribuam, sustentem, mantenham, digam respeito ao *direito potestativo de acusar*, sítio próprio do Ministério Público; caso exemplar é a proibição que daí decorre quanto ao juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição, ao contrário do que permite nosso sistema processual no art. 385 do CPP. Poder-se-ia dizer, ao negativo, como força de argumento: estará apto a julgar, ou poderá decidir o magistrado quando não tiver exercido função de parte, quer dizer, quando não acumular poderes persecutórios, mesmo que indiretamente, e de julgamento.

da titularidade da ação penal.³⁴⁷ Ou seja, esfumaça-se, torna-se indiferenciado o binômio “poder de agir” e “poder de decidir”.³⁴⁸

³⁴⁷ Importante aclarar, ao menos, as três alterações nítidas no pensamento de Francesco Carnelutti sobre a *lide*. Há de se afirmar que a doutrina mantinha de regra como conteúdo do processo penal um *conflicto de intereses* e a discussão maior ficava por conta da natureza destes. É em 1936, no seu *Sistema di Diritto Processuale Civile*, que começa a propor uma roupagem nova aos institutos, a começar pela *pretensão*, agora vista como a “*esigenza della subordinazione dell’interesse altrui all’interesse proprio*”, tentando assim construir um novo conceito de *lide* mais afeito a uma construção unitária e precisa: “*chiamo lite il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro*”. Ao processo penal nada difícil seria então demonstrar a existência de um conflito de interesses, “*non può essere dubbio che in fondo del processo penale sai costituito dal conflitto di interessi tra l’imputato e la parte lesa. (...) Dunque il conflitto di interessi dev’essere qualificato da una pretesa contro l’imputato; altrimenti il processo non avrebbe ragione*”. A mudança mais sentida em Carnelutti, porém, que opera no processo penal – depois das polêmicas com Pietro Calamandrei, Giulio Paoli e Francesco Invrea – vem em 1941, quando nas *Istituzioni del Processo Civile Italiano*, mesmo que mantida a estrutura da posição anterior, assume uma postura menos rígida e decisiva, desestabilizando, de certa maneira, a sua tão sonhada *teoria geral do processo*. Reconhecendo o erro anterior, passava naquele momento a explicar a situação do processo penal de maneira diversa, colocando-o numa “*posizione intermedia tra il processo contenzioso e il processo volontario*”, ainda assim vislumbrando a existência de um conflito entre o imputado e o Estado, este titular de um interesse público de impor a sanção penal fazendo valer-se da exigência de subordinação do interesse do réu ao estatal, tal a presença da *pretensão punitiva*. De maneira aproximada, eis aí a forma como a recepção da *lide penal*, como um conflito de pretensões, simples e sinteticamente entre *jus puniendi* e *status libertatis*, imprescindível ao processo penal, estabilizou-se. O juiz comporia um litígio de interesses entre Estado e o cidadão, aquele detentor do *direito punitivo*, que o faz valer mediante sua *pretensão* através do seu órgão competente que é o Ministério Público, esta aparecendo quando a norma incriminadora é violada. Contudo, de primeira edição em 1946, é nas *Lezioni sul processo penale* que Carnelutti avança sobre os erros das duas posturas anteriores (aquele do *caráter contencioso* e depois aquele do *tipo intermediário entre processo contencioso e voluntário* acerca do processo penal). Ali desaparece por completo a *lide* no processo penal para o mestre italiano, o tal conflito de interesses, e sem ele não poderia o processo penal ser considerado *contencioso*. Assim, no seu novo arreglo, o processo teria assim um caráter misto, isto é, seria *contencioso quanto ao processo civil e voluntário em relação ao penal*. Afasta-se, pois, de uma *teoria unificada de processo* (sobre as fases concebidas do raciocínio de Carnelutti, donde extraíram-se as citações no original, cf. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*, pp. 82-106). É da mesma época (1946) outro texto paradigmático a confirmar esta nova condição, em que adverte, não só para o papel secundário do processo penal diante do próprio direito penal, mas principalmente para a *inferioridade da ciência do processo penal em comparação à ciência do processo civil*, advogando uma paridade entre ambas. Certamente, como já atestava o mestre italiano, cerca de noventa por cento do trajeto do processo penal vem da adaptação ao seu fenômeno de conceitos construídos para o estudo do processo civil, um *pancivilismo*, na esteira de Bettiol, que coloca a teoria do processo penal na nítida dependência de esquemas importados do processo civil (antes disso, não esqueçamos que fora, o *pancivilismo*, como atesta Guarneri, antes mesmo em matéria de direito penal, o trajeto por muito tempo trilhado por Carnelutti, a saber, em especial no estudo do delito aplicando-se conceitos do negócio jurídico, o que retratava a luta hercúlea devido ao desenvolvimento relativamente tardio da ciência penal frente às ciências romano-civilistas e a tendência destas últimas de imporem-se sob os demais ramos do conhecimento jurídico. Sobre o panorama, ver GUARNERI, Jose. *Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal* (Ensayo sobre alguns conceptos de la parte general de Derecho Penal).

Traducción del Dr. Constancio Bernaldo de Quiros. Puebla: Publicaciones de la Universidad de Puebla, s/d., pp. 17-19). Mas, em sua maturidade, o processo penal será visto em sua fraca identidade, tal como a fábula infantil da Cinderela, como aquela que “*giusto, si contentava delle vesti smesse dalle sue più fortunate sorelle.*” Em geral, as razões deste desleixo dizem respeito à aparência de cada processo: enquanto o processo civil é um processo de possuidores, ou ao menos de quem aspira possuir algo, “*è il processo ‘del mio’ e ‘del tuo’*”, no processo penal o que está posto em jogo não é apenas a *propriedade*, mas trata-se da *liberdade*. No âmbito civil se discute, enfim, quanto ao *ter* e no penal quanto ao *ser* e, numa sociedade como a nossa, “*chi tra noi riesce a pregiare piuttosto l’essere che l’avere?*” (CARNELUTTI, Francesco. “Cenerentola”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Num. 3-4 – P. I. Padova: CEDAM, 1946, pp. 75-76 e 78). Mesmo que ainda, ao que parece, afixasse uma *teoria geral do processo*, tal não poderia prescindir das contribuições do processo penal de incomparável e diferente fecundidade quanto ao processo civil. Este câmbio de caráter misto do processo, *contencioso quanto ao processo civil e voluntário em relação ao penal* apenas foi possível e deu-se por motivo já comentado, pois trata-se do mesmo substrato também da sua leitura, por exemplo, à respeito da tortura – a saber, pensamento equivocado que atravessa transversalmente os maiores pensadores ditos iluministas ou liberais de quaisquer tempos –, acerca da *natureza boa da pena*, afinal a razão dos que pensam ao contrário estaria “*viciada pelo erro generalizado quanto à natureza da pena, concebida como um mal e não como um bem*” (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Volume 2, p. 209). No mesmo tom, pois, que aduz sobre tal ilusão de uma concepção errada da pena para deslocar seu posicionamento para uma miríade “otimista” e abandonar a *lide*, afinal, neste patamar, o réu teria interesse de ser apenado e sanar a desordem pessoal que o fez delinquir (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Volume 1, pp. 159-163). Portanto, o conflito não estaria entre as partes, mas seria interno, na alma do imputado. Tentar fugir, não obstante, da concepção de *lide* carneluttiana, sem ademais concorrer para esta estrutura enganosa de pena, é investir no ângulo subjetivo do fenômeno processual penal. Perceber, desde uma *economia dos conceitos normativos*, como faz Cordero (CORDERO, Franco. *Gli Osservanti: Fenomenologia delle norme*. Torino: Nino Aragno, 2008, pp. 31-198), é pensar os *poderes e deveres* que emanam das normas (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 14-17) e identificar o *objeto do processo penal*, sobretudo, como um *poder do juiz*, uma atividade reflexiva (e também introspectiva) atinente à necessidade da jurisdição penal para a aplicação de uma pena, em que palavras como “direito de punir”, “relação penal”, “pretensão punitiva” etc. acabam por produzir um léxico fraco de significado diante da verificação de quando uma pessoa será punida ou não – processo como meio jurisdicional para fazer o *acertamento/comprovação do fato penal*: sob um *poder de punir* que um juiz apõe *su-põem-se os mecanismos limites de contenção deste poder punitivo*. “*(...) gli ordinamenti evoluti impongono una riserva giurisdizionale; «nulla poena sine iudicio».* *Quest’ultimo è l’operazione riflessiva con cui l’investito del potere di punire accerta se debba condannare o assolvere*”. Adiante resumindo em conclusão: “*i giudici hanno il monopolio degli strumenti penali; se qualcuno debba essere punito e come, lo dicono norme legislative. Il processo è un’operazione riflessiva: uno o più giudice stabiliscono se, nel caso de quo, esista quel dovere (vecchie formule evocavano un ‘diritto di punire’ o ‘pretesa punitiva’, assimilando il fenomeno penalistico al credito). Notiamo come potere e dovere siano figure indipendenti: il giudice deve condannare solo chi risulti colpevole, ma l’atto (non riformato o annullato) varrebbe anche se esorbitasse dal limite; l’unico rimedio sta nei meccanismi correttivi endoprocessuali. Siano tutti esposti al potere di punire, colpevoli e no.*” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, pp. 10 e 13-14; a partir disto, exemplarmente, Miranda Coutinho constrói seu caso penal: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*, pp. 134 ss.)

³⁴⁸ “*Gli aggettivi «inquisitorio» e «acusatorio» sono usati in almeno due significati: nel primo, sottolineano la differenza tra i procedimenti instaurati ‘ex officio’ e quelli nei quali la decisione pressupone una domanda (dove il binomio «potere d’agire» e «potere di decidere»). Nel secondo, configurano due modi, che stanno agli antipodi, d’intendere ciò che avviene nel processo: l’inquisitore è un giudice al quale la legge accorda un credito illimitato, e ciò spiega*

A aplicação do *princípio dispositivo*, segundo Goldschmidt³⁴⁹, que funda o processo acusatório, está exatamente em deixar o recolhimento dos materiais processuais para aqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes, por respeito à dignidade do processado como cidadão. Aqui supera-se a crítica tão aposta quanto ao “defeito” de ter o juiz do sistema acusatório, diante da sua posição de inércia que lhe demanda a imparcialidade, ter que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi conferido. A que se rememorar que não se ater à atividade probatória incompleta das partes foi o fundamento histórico que a inquisição, com seu paternalismo cínico, bem nos soube revelar, gravíssima postura de dimensões catastróficas, da atribuição de poderes instrutórios ao juiz.³⁵⁰

A *posição do juiz* é o ponto sensível do imbróglio, pois a ele, num processo acusatório, corresponde aquela de um *juiz-espectador*, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais *sábio* que *experto*; o rito inquisitório

*perchè all'inquisitio non sia permesso d'interloquire. Nei sistemi accusatori, al contrario, vale la regola del dialogo: ciò che si fa 'in judicio', si fa pubblicamente. Si potrebbero enumerare altri caratteri differenziali ma questi sono i più interessanti. Lasciamo da parte il primo: il monopolio dell'azione penale, eccettuati pochi casi, spetta al pubblico ministero, sicchè, a prezzo di una piccola bizzarria d'espressione (da cui è consigliabile astenersi), si potrebbe persino dire che il nostro è un processo accusatorio. Ma il profilo più importante è il secondo. A questo riguardo non c'è alcun dubbio che il nostro ordinamento contenga istituti d'impronta inquisitoria; nè il legame con il passato si limita alle norme e a ciò che esse prescrivono: inquisitorio è anche lo spirito con cui le norme sono talvolta intese.” (CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, p. 168).*

³⁴⁹ “Al contrario, esta configuración del proceso ha de resignarse a las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión.” (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 69). Noutro local, sobre o comportamento oposto ao princípio dispositivo: “la forma el de la investigación, que domina el procedimiento penal, y que recibe también los nombres de principio inquisitivo, de instrucción, o principio del conocimiento de oficio (principio de la verdad material).” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traducción Pietro Castro. Barcelona: EJE, 1936, p. 204).

³⁵⁰ A isto tudo está afeto a exigência de imparcialidade do juiz. O fundamento do *princípio dispositivo* – bem vem a calhar antes mesmo das lições advindas do processo civil, já preocupado em acautelar-se, maior motivo ainda para se acentuar a preocupação quanto aos valores envolvidos no terreno processual penal – é informado pelo critério oposto da pesquisa inquisitória da verdade pela parte do juiz. Dirá Liebman que: “ben lungi dall'essere una «arcaica reminiscenza di ordinamenti primitivi», esso appare come una necessaria garanzia del retto funzionamento della giurisdizione, così come questa dev'essere modernamente intesa, ed è innegabile il suo significato «liberale». Restringerne il dominio, per accrescere invece i poteri inquisitori del giudice, significherebbe in sostanza attenuare la distinzione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa ed introdurre nel processo una tendenza paternalistica che non merita alcun incoraggiamento.” (LIEBMAN, Enrico Tulio. “Fondamento del Principio Dispositivo”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Num. 4. Padova: CEDAM, 1960, p. 564).

exige, sem embargo, um *juiz-ator*, representante do interesse punitivo e, por isso, um *enxerido*, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação.³⁵¹

Para Leone³⁵², o sistema acusatório é fundado em princípios relativos ao poder de decisão da causa entregue a um órgão estatal, por sua vez distinto daquele que dispõe do poder exclusivo de iniciativa do processo (“*il potere d’iniziativa, e cioè il potere di accusa spetta a persona diversa dal giudice*”). Acrescenta, no entanto, que o fundamental para ele nisto tudo que “*il giudice non ha libertà di ricerca e di scelta delle prove, essendo vincolato ad esaminare le sole prove allegate dall’acusa (iuxta allegata et probata)*”. Assim é que Conso³⁵³, primordialmente, nos auxilia a antever, ao lado da necessidade da acusação ser ofertada por órgão distinto do julgador, a publicidade e a oralidade do procedimento, a paridade de armas entre as partes, novamente de forma primordial, “*esclusione di qualsiasi libertà del giudice nella raccolta delle prove sia a carico che a discarico*” e a “*allegazione delle prove da parte dell’accusatore e dell’imputato*”. No ponto nodal, Barreiros³⁵⁴, quanto à relação entre os sujeitos, para sobre o sistema acusatório, a igualdade de partes, em que o juiz é árbitro, sem iniciação de investigação. Do oposto ao sistema inquisitivo em que o juiz, dotado de uma posição de superioridade frente ao arguido, investiga, dirige, acusa e julga.³⁵⁵

Cordero, também explorando este local privilegiado, designa o ritual acusatório como “*l’arte del contraddittorio*”³⁵⁶, em que cabe aos contentores aduzir e discutir os

³⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 575.

³⁵² LEONE, Giovanni. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Tredicesima Edizione. Napoli: Jovene, 1988, p. 9; afirmado antes, noutra local: “*esclusione di qualsiasi libertà del giudice di raccogliere le prove, le quali devono invece venire fornite dalle parte*” (LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. Seconda Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1951, pp. 06-07).

³⁵³ CONSO, Giovanni. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, p. 7.

³⁵⁴ BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 12.

³⁵⁵ Ao que parece a todos a grande inspiração retomada de Carrara ao caracterizar, antes de tudo, especialmente o sistema acusatório como aquele que pretende o máximo grau de garantia da liberdade para o acusado: “*1° La piena ‘pubblicità’ di tutto il procedimento. 2° La ‘libertà’ personale dell’accusato fino alla definitiva condana. 3° La ‘parità’ assoluta di diritti e di poteri fra l’accusatore e l’accusato. 4° La ‘passività’ del giudice nel reccoglimento delle prove sì a carico come a discarico. 5° La ‘continuità’ di contesto. 6° ‘Sintesi’ in tutto il procedimento.*” (CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*, pp. 383-384).

³⁵⁶ “*Eristica’. In greco, ‘eris’ significa «contesa», mitologicamente personificata in una figura dal parentado piuttosto fosco: è nata dalla Notte, come Morte, Sonno, Inganno, Vecchiaia, ma non spirano significati negative nel derivato che designa l’arte del contraddittorio; ovvio, anzi, che queste tecniche verbali siano tenute in alto conto negli ambienti a forte tensione politica.*”(CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 32).

dados num típico “*spettacolo dialettico*” – sobretudo, evitando a “*sovraccarico ideologico da cui nasceva l’ossessione inquisitoria*”³⁵⁷ – em que de alguma forma os métodos duelistas aparecem evoluídos, contudo mantendo-se as tensões do combate, quer dizer, “*performance dei contendenti davanti al giudice-spettatore*”³⁵⁸. A *cultura do ritual acusatório*, então, é aquela eivada da preocupação com os arrebatamentos do corpo social, “*tecniche simili pressuppongono ambienti dove gli individui contino qualcosa*”, em que tudo está no *fair play*, por isso é ali que deve menos pesar o órgão judicante e mais sopesar o rito. Resumamos, em suas palavras:

*“identiche cadenze formali nelle contese dialettiche: giudice-spettatore; agonisti, contraddittorio disciplinato, temi tassativi, lingua manierata, regole sulla decisione; ache dove sia esclusa ogni prova a effetto automatico; il processo non diventa mai puro affare gnoseologico; (...) nell’occhio impassibile del giudice un epilogo vale gli altri. (...) Operazione agonistica pubblica, ‘trial’, ‘dibattimento’: questa macchina scenica esclude indugi, perplessità, stalli; gli utenti esigono tecniche controllabili, discorsi chiari, conclusioni nette, tempi brevi. Usati bene, gli strumenti sviluppano un affilato e sobrio gusto dialettico; a cui fanno pendant goffe stravaganze barocche nell’area esposta ai metodi inquisitoriali (...).”*³⁵⁹

Assuma-se o jogo político: a luta pelo princípio retrata muito mais um *desejo* que alimenta a maquinaria processual. Bettiol coloca bem às claras a escolha política posta em jogo quanto à garantia do indivíduo imputado, conforme o limite que o Estado se põe na repressão e no controle social. E a aproximação modelística nos oferece que, no processo inquisitório, o juiz-acusador formula uma hipótese e procede a verificação:

*“a verdade entendida como ‘adaequatio rei et intellectus’ pode ser alcançada e deve ser alcançada. Essa verdade, verdade material, já existe como hipótese na mente do Juiz-acusador deve, porém, ser alcançada solipsisticamente (exageradamente). O contraditório perturba esta procura. A inquinação da prova daquela verdade já postulada é o máximo dos perigos.”*³⁶⁰

³⁵⁷ O estilo acusatório pode ser assim bem resumido: “È spettacolo dialettico, tensione agonistica, partita aperta, oneri, autoresponsabilità: forme, termini segnalano una remota ascendenza agli iudicia Dei (duelli e ordalie: qualche residuo trapela da alcuni contesti); ridotto a pura operazione tecnica, dove l’unico valore sta nell’osservanza delle regole, il processo appare insensibili al sovraccarico ideologico da cui nasceva l’ossessione inquisitoria. L’azione penale obbligatoria e irrettrabile, poteri istruttori ex officio, petita mai vincolanti, distinguono il modelo italiano dall’anglosassone.” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 97).

³⁵⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 37.

³⁵⁹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 42-43.

³⁶⁰ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*, p. 166.

A imparcialidade, central no modelo constitucional democrático contemporâneo, apenas pode ser garantida, para além da separação inicial das funções de acusar e julgar – diga-se à exaustão – dependendo das condições de possibilidade que forem dadas ao afastamento/alheamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Um princípio processual constitucional, de natureza verdadeiramente acusatória, demanda não apenas uma acusação, mas que um juiz não esteja e não fique ao longo do procedimento psicologicamente envolvido com a hipótese pré-meditada pela acusação. Tomar uma decisão quer dizer eleger, equidistantemente, mediante o contraditório, o “duo”, de *dubium e duellum*.

A imparcialidade do juiz, princípio supremo do processo³⁶¹, deve ser dotada de alguma expectativa válida quanto ao juiz não aderir *a priori* à premissa acusatória, causar o resultado antecipadamente; exatamente, a rigor, tornar dispensável o próprio processo, dado que é instrumento de convencimento do juiz, definindo-o antecipadamente independente das atividades probatórias.³⁶² A sua apreciação não pode estar comprometida em virtude de algum juízo apriorístico, o maior deles, resta pouca dúvida, estará presente no ato de inclinação quanto ao recurso à atividade probatória.³⁶³

Não estar acima, mas além dos interesses envolvidos, demanda um estado anímico do juiz diferente daquelas *parcialidades* que lhe darão subsídio para a

³⁶¹ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*, p. 127, não sem antes referir a lição de GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio basico del proceso* (la «parcialidad» y la parcialidad). Serie 2ª. Monografías de Derecho Español. Num. 1. Discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal. Contestación del. Sr. Gomez Orbaneja. Madrid: Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal, 1950: “*La imparcialidad del juez, que a la par se refiere a la comprobación de los hechos como a la aplicación del Derecho, parece la barrera infranqueable de la justicia en el proceso, y ella, a su vez, supone que el juez no sea parte.*” É assim que relacionará tal princípio com uma espécie determinada de motivação, quer dizer, “*imparcialidad conota una relación entre los móviles de una persona y un acto procesal.*” (pp. 15 e 30).

³⁶² Talvez esta seja a busca por uma *Justiça Política* que alguma vez falou KIRCHHMEIMER, Otto. *Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos*. Traducción R. Quijano R.. Primer edición en español. Mexico: UTEHA, 1968, p. 472: “*la justicia política está destinada a seguir siendo un eterno atajo, necesario y grotesco, benéfico y monstruoso pero de todos modos un atajo. Es necesaria y benéfica, porque sin la intervención del instrumento jurídico la lucha por el poder político continuaría siendo igualmente implacable pero mucho más desordenada.*”

³⁶³ “(...) los caracteres fundamentales del proceso acusatorio son: a) *El juez no procede por iniciativa propia «ex officio». Ni poner en marcha el procedimiento, ni investigar dentro de éste los hechos, es misión suya. Su papel consiste exclusivamente en examinar lo que las partes aporten y decidir sobre su verdad. Dirige el combate e anuncia el resultado.*” (GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, p. 117).

decisão³⁶⁴, atraindo-o para este posto sempre que lhe forem atribuídos poderes instrutórios ou de investigação. Afigura-se, enfim, grave violação à imparcialidade judicial, tanto sobre o aspecto *objetivo* (tocante à situação do magistrado se encontrar dotado de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida sobre sua imparcialidade, não derivada da relação do juiz com as partes, mas dele com o *objeto do processo*), quanto sobre o crivo *subjetivo* (aquele que alude à *convicção* pessoal do juiz em concreto que conhece de determinado assunto o que afeta a sua falta de pré-juízos) podendo-se firmar a *presunção de parcialidade do juiz-instrutor*.³⁶⁵

A partir da identificação deste elemento de diferenciação de ambos os estilos, como que uma régua sobre a zona gris entre os sistemas – a *gestão da prova confiada ao juiz* não pode ser ponto eivado de algo de lugar-comum, mas que precisa dali serem tirados os frutos e as lições condizentes. Possuímos, desde a análise de quaisquer sistemas processuais concretos – *mistos* apenas sob esta maneira – doses, graus de *inquisitorialidade*; este, sim, elemento de permanência na cultura processual penal. E o ponto de instalação privilegiado a ser ocupado, para tanto, diz respeito à confusão de funções exercida pelo juiz, localizadamente, no tocante à prova. Sobre ele – a posição que ocupa o magistrado exercendo função de parte – podemos identificar o ponto mais sensível, mais suscetível às crispações e propriamente às viragens autoritárias – onde se

³⁶⁴ O processo, para não se desfigurar num fenômeno patológico, e fixar-se numa forma do direito controvertido, “*supone dos tesis opuestas y un juez que con imparcialidad dicte el fallo. La imparcialidad del juez sólo prospera a base de la unilateralidad de las partes. (...) La imparcialidad del juez es la resultante de las parcialidades de los abogados.*” Sobretudo, a configuração do processo acusatório, desde a aplicação do princípio dispositivo, implica tolerar, em contrapartida, a atividade incompleta as partes e o reconhecimento de material defeituoso como base da decisão: “*Esta configuración del proceso, es decir, la aplicación del principio dispositivo o de instancia de parte al procedimiento criminal, es la acusatoria. Parte del enfoque de que el mejor medio para averiguar la verdad y verificar la justicia es dejar la invocación del juez y la recogida del material procesal a aquellos que persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes, descargando de esta tarea a quien ha de fallar el asunto y garantizando de este modo su imparcialidad. Al mismo tiempo se manifiesta de este modo el respecto de la dignidad del procesado como ciudadano. En cambio, esta configuración del proceso ha de tolerar como contrapartida las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión. A los peligros que de ello nacen, se previene por medio de la institución de la abogacía: por la parte acusadora especialmente la del ministerio público y por la del procesado la de la defensa.*” (GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción Filosófica al Derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Séptima Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, pp. 321 e 587-588). Em versão resumida, cf. GOLDSCHMIDT, Werner. *La Teoría Tridimensional del mundo jurídico*. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia – Octubre de 1963. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963).

³⁶⁵ Conferir, com largo lastro na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, pp. 131-140.

instala, por assim dizer, a *potência inquisitória*. Se ali está o *módulo diferenciador* e ponto de diferenciação dos estilos – ao menos desde a superação da mera existência de um modelo de partes processuais, e sabendo-se que não se trata do único elemento que comporá suficientemente o sistema acusatório³⁶⁶ – a gestão da prova a cargo das partes acaba por ser ela mesma o núcleo, a finalidade da própria separação das partes do sujeito imparcial. Quer dizer, o motivo do *actum trium personarum* vai muito mais além da condução da acusação por órgão outro que aquele que irá julgar, engloba, atinge a questão deste terceiro julgador não ter o *direito de acusar* – de sustentar, ajudar a *comprovar* e completar a hipótese acusatória conflagrada na *pretensão acusatória*.

Ao nível, assim, da gestão da prova está em jogo a identidade mais ou menos inquisitória dos concretos modos de operar o processo penal. Tendo-a como ponto de viragem, de diferencial entre os sistemas, por outro lado, deverá ser frisado de maneira tão importante quanto que, concomitantemente, será sobre este momento que recairá a disputa política, obviamente, em sede processual penal. Soma-se a isto pela justificativa de que será sobre este ponto que se poderão infiltrar, não menos facilmente, os elementos autoritários de estilo. Pois, afinal, em se tratando do ponto primordial de dobra, disto se deduz que por ali a ativação (quando não inversão) inquisitorial será mais funcional, quer dizer o marco de ponto *forte* do sistema acusatório – a gestão da prova confiada às partes – não deixa de carregar consigo certa carga de “fraqueza”, porque nela se possibilita a ingerência da viragem inquisitorial de forma ainda mais contundente e profunda. A complexidade desta coexistência de virtudes e fraquezas sobre o mesmo vértice é exatamente aquilo que lhe aufere o seu valor determinante.

O desenvolvimento do processo penal, como dito, desde sua base de direito romano, faz parte de uma história sangrenta de relações sociais e, sobretudo, políticas. Mesmo esquematicamente já pôde ficar claro que a diversidade histórica atravessa duas

³⁶⁶ A forma acusatória pode ser pontuada pela: clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes; mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto da imputação como de descargo; tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); procedimento é em regra oral (ou predominantemente); plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); contraditório e possibilidade de resistência (defesa); ausência de tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, p. 60). Para uma adequada análise das dimensões das características do sistema acusatório, para além da gestão da prova, nossa preocupação central, ver FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 616-623.

concepções díspares visíveis em cada ordenamento judicial. Em forma de síntese final, dirá Legendre:

“D’un côté, une conception, que je qualifie parfois de sportive et que le langage académique désigne en évoquant la formule de procédure accusatoire; ici, le juge est un arbitre qui compte les corps (tendance du droit anglais depuis le XIII siècle). De l’autre côté, une conception militante à laquelle on accolle l’étiquette de procédure inquisitoire; là, le juge est mis en position de vouloir tout savoir (tendance long-temps dominante en France et dans les pays de la Contre-Réforme).”³⁶⁷

Nuclearmente, põe em xeque exatamente a posição do magistrado na *cena*, esteja ele na *posição de necessidade de saber* ou naquele local de árbitro da contenda, desnudando os pontos de vista acerca da utilização política dos artifícios coercitivos em cada sistema processual penal.

2.3. A Posição (Paranoica) do Juiz e a Atribuição de Poderes Instrutórios

Sempre estarmos diante do mote que se tenta constantemente surpreender é precioso. Qual seja, o *estilo inquisitório*. Dali, para adiante, duas ideias são essenciais serem recapituladas: o *primado da hipótese sobre o fato* – exercício matriz/motriz que conduz/induz à atividade do inquisidor, entendido, já está cristalino neste momento, que se trata de uma posição, de uma figura que estará convocada a aderir àquele sujeito chamado a decidir – que derivará o magistrado a entrar nos registros dos *pensamentos* ou dos *quadros mentais paranoicos*.³⁶⁸ Amplamente palatável ao modo do pensamento ocidental, em especial a maneira de se organizar o processo penal, pregado este à lógica dedutiva, na qual a escolha ou a inclinação da premissa maior – móbil inicial impulsionado pela tese acusatória à qual adere o juiz ao mover-se na persecução investigatória – permite decidir antes e depois buscar elementos hábeis a justificar sua

³⁶⁷ LEGENDRE, Pierre. *L’Empire de la Verité*, p. 180.

³⁶⁸ Recordando, CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 51 e CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 25.

posição.³⁶⁹ Ir à cata da prova é deixar a premissa maior à escolha do juiz, agora inquisidor, por mais belas intenções que possua.³⁷⁰

A atribuição de poderes instrutórios a um juiz, seja em que fase for, é um grave equívoco que macula o processo penal democrático. Tal poder opera a abertura para que o magistrado, já inclinado pela escolha que (in)conscientemente fez, vá atrás das provas que justifiquem sua decisão. Toma o *imaginário* como *real* possível.³⁷¹ Noutras palavras, antecipa-se a formação do juízo. A constatação daquilo que a psicanálise nos indica, ou seja, qualquer ação voltada à introdução do material probatório é precedida, como assevera Prado³⁷², da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, quando incorporado (ou não) ao processo. Tendo em consideração que a formação da prova se dirige à possível descoberta da premissa normativa aposta na hipótese acusatória, o juiz ao tomar a iniciativa probatória, ou mesmo complementá-la abre um horizonte de sentido, mais do que sobre as consequências que essa prova trará para a definição do fato, mas sobre a sua situação, sua posição de (des)comprometimento diante da imparcialidade necessária. Não existe investigador imparcial – que não se exija, sobre-humanamente isto de alguém. Independente de estar desconfiado ou não da culpa do acusado – ainda que possa se dizer ser o mais comum – o juiz investindo na direção de agregar ou aprofundar meios de prova que foram ou não levantados pelo órgão acusador, verificado estará o mesmo tipo de comprometimento psicológico atinente ao poder do próprio juiz de iniciar o processo.³⁷³

³⁶⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”, p. 25.

³⁷⁰ “*Essere fedeli alla parte solare e rationale della persona non significa negare i lati notturni e logicamente irriducibili dell’esistenza: le profondità del sentimento sono tali che nessun gioco intellettuale riesce a prosciugarle.*” (CORDERO, Franco. *Gli Osservanti*, p. 27).

³⁷¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”, p. 37.

³⁷² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*, pp. 136-137.

³⁷³ Defende Frederico Marques peremptoriamente que *não há em nosso processo penal a figura do juiz inquisitivo*, pois separadas as funções de acusar e a função jurisdicional – por certo, mudaria de opinião ao verificar as mudanças trazidas com a reforma de 2008 em questão probatória, como se verá oportunamente. Ainda que admita, como visto, dentro desta última a autorização para o juiz investigar a verdade, tal como ainda refere o art. 156 do CPP brasileiro, aduz que tal impulso *ex officio* nada infirmaria um juiz inquisidor, “*porquanto não traduz atuação ou atividade pertinente ao litígio* [agir no encaixe da produção de uma prova não comporia o objeto do “litígio”, esta prova não faria parte daquilo que se decide no processo penal; tal prova ali posta não atuaria na formação da convicção do magistrado?] *mas, ao revés, poder de direção sobre o procedimento para subtrair o desenrolar dos atos e fases processuais*

A impossibilidade psicológica de preservar a imparcialidade do julgamento de um juiz no qual convergissem as qualidades de instrutor, acusador e julgador³⁷⁴,

do poder dispositivo das partes” (MARQUES, Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume I, p. 65). Ledo engano ou engodo. Surpreende tamanha capacidade argumentativa não tocar em algo essencial e trazido pelo próprio argumento quanto ao sistema inquisitivo. Mesmo ficando alheio ao limite crítico que trouxemos, quanto ao elemento diferenciador dos sistemas, pontua, desde Nicola Polansky, que o sistema inquisitivo é incompatível com os fundamentos das garantias individuais, trazendo poucas garantias de imparcialidade, em função de serem “psicologicamente incompatíveis a função do julgamento objetivo com a função da perseguição criminal.” (MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume I, p. 63). Desconcertante ao extremo, ainda mais, quando se analisa o argumento, poucas vezes tão bem esgrimido quanto à função do juiz, mas que parece estar bloqueado psicologicamente pela própria lógica inquisitiva que ele mesmo ataca: “ficou para longe, na evolução dos institutos jurídicos, o inquisitorialismo de outrora com o odioso procedimento criminal das devassas gerais, que tanto aterrorizavam as populações. O juiz penal de hoje não persegue, não acusa, não pune e não castiga. A sua missão é a de ‘julgar’, é de aplicar a lei penal segundo os ditames da justiça. Como disse muito bem Calamandrei - ‘se hoje disserem que algum juiz pôs-se em diligência, ex officio, com o fim de descobrir ilícitos para processar os respectivos autores, nós nos sentiríamos levados a considerar êsse magistrado, não como um herói da Justiça, e, sim, como um monomaniaco perigoso, do tipo Dom Quixote ou do legendário sapateiro de Messina’. O juiz não é ‘pau-para-tôda-obra’, como alguns erroneamente pensam. Se a máquina estatal não funciona bem nos setores extrajudiciários do Executivo ou do Legislativo, não compete ao juiz ir corrigir o que está errado, ou as deficiências ou inércia dos outros órgãos estatais salvo, é claro, quando é provocado, em processo regular, através da ação. Não porque o juiz deve aplicar a lei penal, que se lhe vai dar também a incumbência de transformar-se em ‘investigador de polícia’ para ir descobrir a pista de crimes cuja persecução não foi regularmente provocada. O juiz aplica a lei penal – ‘julgando’, e, nunca, perseguindo ou processando. Se temos um Ministério Público cercado de garantias, é para que o crime não fique impune. Ao juiz só é dado, depois de instaurado regularmente o procedimento penal, julgar o caso que lhe é apresentado pelos órgãos incumbidos da acusação criminal.” (MARQUES, José Frederico. Estudos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 200). A crítica de 1960 viria por terra se não tivesse sido ressuscitada à força em 2008 pela reforma do CPP brasileiro. A nosso ver, mesmo assim, hoje alcança perfeitamente um pedaço do argumento: aquele relativo à anômala possibilidade de o magistrado ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas (art. 156 I) – nisto talvez reformulasse de maneira diversa e assumisse que teríamos um juiz-inquisidor-policial readmitido em nosso sistema. Por assim dizer, segue bem o texto ao alertar para as funções policiais que o magistrado patologicamente pode ter. Mas peca desde aí. Segundo ele, até ser provocado pela ação penal, nada pode fazer, não estaria exercendo sua função de julgar, mas, instaurado o processo, tornando-se seu condutor, parece neste momento ter-se tornado imune às funções de perseguição e acusação, pois estas já teriam sido realizadas pela Polícia e pelo Ministério Público, como se tais não pudessem ali se estender e continuar a serem feitas pelo magistrado durante o processo como nos inúmeros permissivos ex officio da legislação – nenhum problema advindo disto, portanto. Em suma, o que daí se retira é novamente a profunda ilusão (ou delírio?) de que a mera separação em figuras distintas, a invocação da acusação por órgão diverso do magistrado, pode garantir psicologicamente a função do juiz. Não associa propriamente que a incompatibilidade psicológica é de função, e pode se dar no próprio íntimo da posição que o juiz ocupa. Está implícita, na lógica do autor, que pressupõe a função de julgador a gestão da prova – eis o nó em que o inquisitorialismo teima em se atar.

³⁷⁴ “A los ‘defectos’ del proceso inquisitivo del derecho común, que Zachariae ha expuesto en forma tan eficaz, pertenece, en primer término, la fusión en la persona del juez de las

localizada no exemplo-padrão do sistema inquisitorial puro, é facilmente superada, pelo raciocínio comum, com a presença de partes distintas, que enganosamente faz parecer exercerem, quase que por inércia, as mesmas funções correlatas. Pimenta Bueno³⁷⁵ – basta lê-lo como desafeto do problema de busca da verdade como fim do processo penal – ensinava com clarividência que “o juiz não deveria ser senão juiz” (algo tão radicalmente óbvio?), “árbitro imparcial, e não parte”, porque, do contrário, criará no seu espírito as “primeiras suspeitas (...), em vez de somente apreciar as que lhe são apresentadas”. “O amor-próprio de sua providência convidará a que não aprecie bem as contradições ou razões opostas; (...) êle julgará antes de ser tempo de julgar”.

Este limiar que fartamente é ignorado. Ele estará decidindo sob base do próprio material que trouxe ao processo, o distanciamento seguro e desejável se perderá. Sempre haverá prejuízos com a assunção de pré-juízos que não digam respeito à dialética do processo e seu contraditório. Quem procura sabe ao certo o que pretende achar, e não precisaríamos recorrer ao *sagrado*³⁷⁶ – não que o encontre, pois isto seria

actividades persecutoria y judicial. Ello importaba, inevitablemente, una pretensión psicológica excesiva con respecto al juez. Sólo un juez dotado de una capacidad sobrehumana podría substraerse en su actividad decisoria e los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria. (...) Desde entonces forma parte de las experiencias psicológicas fundamentales de carácter procesal, que la íntima imparcialidad y desprevención que exige en el juez la función decisoria, sólo se puede garantizar cuando el mismo está libre de todo 'pre'-juicio, tan posible de existir tratándose de una actividad agresiva contra el acusado, vinculada con múltiples medidas coactivas.” (SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal: comentario doctrinario de la ordenanza procesal y de la ley organica de los tribunales*. Version castellana del Dr. Jose Manuel Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, pp. 195-196. No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, p. 247.

³⁷⁵ Sabe-se que o eminente autor está a criticar o processamento oficial da parte do juiz, quer dizer, quando ele funcionava como titular da ação penal (referência aos artigos 138, 141 e 206 da então redação original do CPP de 1940), o que não impede que os mesmos argumentos possam aqui serem apostos quando da investida voluntária do magistrado no enalço da prova, que comprometem radicalmente sua imparcialidade: “o que faz o juiz quando procede *ex officio*? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinqüente; (...), escolhe as testemunhas, e inquire-as perguntando o que julga conveniente, e por fim avalia as provas que ele criou, (...) Há nisto garantia alguma?” Em ponto mais adiante: “em todo o caso, a dignidade do juiz, seu prestígio, a crença de sua imparcialidade, sôbre que deve descansar a confiança pública, e que êle deve inspirar ao próprio delinqüente, sofrem ou desaparecem.” (BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sôbre o Processo Criminal Brasileiro*. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: RT, 1959, p. 291).

³⁷⁶ Evangelho segundo São Mateus: capítulo 7: versículos 7 e 8: “Pedi, e dar-se-vos-á; buscai, e encontrareis; batei, e abrir-se-vos-á. Porque, aquele que pede, recebe; e, o que busca, encontra; e, ao que bate, abrir-se-lhe-á.” [Petite, et dabitur vobis; quaerite et invenietis; pulsate, et aperietur vobis. Omnis enim qui petit, accipit; et, qui quaerit, invenit; et pulsanti aperietur]. Retirado do *Novum*

acreditar demais na premonição e no poder do controle absoluto da realização da hipótese perpetrada –; mas que esta postura, em termos de processo penal acusatório, representa uma inclinação ou tendência francamente comprometedora da imparcialidade do julgador resta pouca dúvida. Ubertis dirá que, sob tal circunstância, o que se perde é a exigência de “*neutralità metodologica*” del giudice “*nella ricostruzione del fatto*”. Tal neutralidade metodológica, requerida ao juiz chamado a desenvolver sua atividade diante da promoção de uma ação penal,

*“impone che egli, soggettivamente e oggettivamente imparziale, sia esente da ogni condizionamento pre-giudiziale che egli possa derivare ‘tanto’ dall’averne conosciuto preventivamente l’impostazione di una sola delle parti ‘quanto’ dall’aver assunto e personalmente coltivato, magari in via semplicemente provvisoria, una determinata ipotesi come linea di ricerca per la ricostruzione del fatto di cui è investito, trasformandosi così da giudice in investigatore: non si può ignorare che l’iniziale formulazione di un problema influenza (diversamente, secondo che sia presentata in modo unilaterale o dialettico) la scelta del criterio per risolverlo e che, quando si sceglie un argomento per esaminarlo, almeno implicitamente si manifesta una preferenza.”*³⁷⁷

Contra o desperdício da experiência havida no sistema acusatório romano foi desta maneira, lembre-se, atribuindo-se poderes instrutórios ao juiz que a viragem ao inquisitorialismo se sucedeu. As excepcionalidades que acabaram regrido tiveram as portas abertas por esta postura.

A experiência psicanalítica, doutra monta, pode bem nos ajudar a identificar estas posições perigosas, demonstrar como elas se formam, delinear o que representa o lugar deste *sujeito-juiz*³⁷⁸ onipotente investido no lugar do *Outro*. Este quadro mental

Testamentum (Editio Typica Altera) presente na *Nova Vulgata – Bibliorum Sacrorum Editio. Sacrossancti Concilii Vaticani II. Ratione Habita. Iussi Pauli PP. VI Recognita. Auctoritate Ionnis Pauli PP. II Promulgata*. Publicado em www.vatican.va.

³⁷⁷ UBERTIS, Giulio. *Il processo penale*. Bologna: il Mulino, 2008, p. 32-33.

³⁷⁸ “Pendurados nesta identidade JUIZ, nesta apresentação, alguns juízes têm-se assegurado de sua existência: *SOU JUIZ!* Assim, um juiz se faz ‘ser’, entregue e estas duas palavras-chave. Acredita-se, a partir daí, portanto, em duas possibilidades: primeiro, que é possível ‘ser’. E, segundo, mais ainda: ‘ser juiz’. Estamos diante, de dois equívocos, de duas margens, de duas ilusões. ‘Ser’ é impossível, já que, diante de um *Outro* perante o qual surgimos neste mundo, estamos sempre em débito (...): nunca consigo ‘ser’ o que pretendem de mim. Portanto, para se constituir como sujeito, ‘ser’ é impossível, restando-nos, pois, a ‘falta a ser’. Por isso mesmo, diante do impossível de ‘ser’, ‘juiz’ torna-se apenas uma representação, apenas uma palavra que vem no lugar de uma ‘falta a ser’, apenas uma palavra representante de impossível representação. (...) O sujeito juiz, como dissemos, julgando, vem se assegurando imaginariamente de si, possibilitando-se enganar numa suspeita certeza de existir. (...) Então, o juiz pensa existir porque julga. Mas, julgar implica pensar. Pensar faz arriscar, enganar-se. Enganar-se abala certezas. Certezas abaladas, até então são protetoras, trazem sofrimentos.

paranoico especificamente identificado no processo penal, naturalmente, não determina o magistrado a ser diagnosticado diretamente numa das modalidades de *psicose*³⁷⁹, como algum leitor mais superficial pode entender. Não se está identificando-o com um paranoico simplesmente, senão na medida da localização do estudo sobre a “constante paranoica”, quer dizer, aquela dimensão da paranoia própria a todos nós, naquele lugar de decisão potencializado. A formação do fenômeno (individual/social) nos interessa.³⁸⁰

Começa, agora, a aparecer um juiz não mais apenas como aquele que julga e pensa, mas como sujeito do engano, da certeza abalada, do sofrimento.” (SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos*. Coleção Escritos em Psicanálise e Direito. Vol. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 74-76).

³⁷⁹ LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 3 (as psicoses, 1955-1956). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Versão brasileira de Aluísio Menezes. 2ªed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. Quando, no outono de 1955, Lacan inicia este comentário, conduzido até a metade do ano seguinte sobre as *Memórias* do presidente Schreber, por certo, não se encontrava na mesma posição do estudo de Freud empreendido em 1910/1911 (FREUD, Sigmund. “Observaciones psicoanalíticas sobre un caso de paranoia («dementia paranoides») autobiograficamente descrito (caso «Schreber»)”. In: *Obras Completas*. Tomo II. Traducción directa del Alemán Luis Lopes-Ballesteros y de Torres. Ordenación y revisión de los textos Jacobo Numhauser Tognola. Prólogo por José Ortega y Gasset. Introducción por Juan Rof Carballo. Buenos Aires: El Ateneo, 2005, pp. 1487-1528), nem de sua tese de 1932, “*Psicose Paranoica em suas Relações com a Personalidade*” (sobre este primeiro livro publicado de Lacan e o longo relato clínico sobre o caso Aimée, ver SIMANKE, Richard. *Metapsicologia Lacaniana: os Anos de Formação*. São Paulo: Discurso, 2002), em especial, não estava interessado na componente homossexual da paranoia feminina também descrita em seu artigo sobre o caso das irmãs Papin. Seu epicentro estava agora na noção de *conhecimento paranoico*, mais precisamente de *desconhecimento paranoico*: segundo ele, isto quer dizer que constituirei o mundo dos meus objetos a exemplo dessa primeira imagem, que foi a minha, apreendida no espelho como eu (*moi*) e como objeto do desejo da mãe; ligado, pois, este processo ao mecanismo imaginário e ideal pelo qual eu organizo o mundo dos meus conhecimentos. No lugar de mirar a paranoia como uma defesa contra a homossexualidade, tal como fazia Freud, procurou situá-la sob a dependência estrutural de uma função paterna, por isso seu interesse nas leituras dos escritos do pai, Daniel Gottlob Moritz Schreber, para fazer aparecer os laços entre os enunciados educativos de um pai e a loucura do filho. Lacan avança mais e transforma a concepção freudiana da analogia entre o conhecimento delirante e o conhecimento racional. Ao invés de conectar aquele com a *catexis* (investimento) homossexual e o outro a sua rejeição, apoia-se numa premissa posta desde 1932: não se torna louco quem quer, ou seja, aposta na idéia de que o “*loco sería el que tiene una idea adecuada de la locura hasta tal punto que ésta, lejos de ser una realidad, se convierte en una verdad que el hombre lleva en sí como un límite de su libertad*”. Com efeito, não obstante, Lacan partilhava com Freud a convicção de que a paranoia era o paradigma da *psicose* (ROUDINESCO, Elisabeth. *Lacan: Esbozo de una vida, historia de un sistema de pensamiento*. Traducción de Tomás Segovia. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 422-423).

³⁸⁰ Há algo que perpassa nossa postura de maneira evidente com grande força e deve ser anunciada de pronto: as interfaces entre psicanálise e política. Não se quer retroceder aos primórdios deste tipo de abordagem, o que seria de difícil genealogia, apenas interessante que haja o afastamento da tediosa crítica padronizada da aplicação da psicanálise aos processos socioideológicos (seria a velha questão assim formulada: seria legítimo aplicar noções oriundas do tratamento de indivíduos para entidades coletivas?). O foco é outro. A oposição individual/coletivo tampouco é válida quando se trabalha com inconsciente. O inconsciente acaba por ser política, na radical fórmula lacaniana, pois “o inconsciente é a linguagem *enquanto*

O que quer dizer, então, um ambiente propiciar a estruturação de quadros paranoicos? Segundo Lacan, a característica central está na *foraclusão* do *Nome-do-Pai* no lugar do *Outro*.³⁸¹ A aderência ao significante *Um* (S1) é da sua estrutura, é ao significante mestre que se encontra preso. Na paranoia não existe recriminação, já que não inscrita a crença no *Nome-do-Pai*, suporte da função simbólica identificada com a imagem da Lei. Retido neste significante mestre, alucina-se, e foracluído retorna ao *real*.³⁸² Já que neste local *Um* ocupado, tudo se refere a ele, é “*o centro do mundo e com o qual todos são hostis. (...) É nas relações com as pessoas que ele interpreta, delira. Em um ambiente*

ordem social que organiza previamente o campo de toda experiência possível” (SAFATLE, Vladimir. *Lacan*. São Paulo: Publifolha, 2007, p. 45). O *Social*, como campo de práticas e crenças socialmente alimentadas, não está de maneira alguma noutra registro da experiência individual, mas é com aquilo mesmo que o sujeito deve propriamente se relacionar. O problema não está, então, numa mudança de escala, mas repousa no ponto futuro da íntima imbricação a qual o indivíduo terá de experimentar com uma dimensão minimamente externalizada, ou seja, é elementar que a lacuna entre indivíduo e dimensão social “impessoal” já está inscrita no próprio indivíduo. Dirá Žižek: *o problema é: ‘como a ordem sociossimbólica externa-impessoal de práticas institucionalizadas e crenças deveria se estruturar quando o sujeito tem de manter sua “sanidade”, seu funcionamento “normal”?’ (...)* ‘esta ordem “objetiva” da Substância social só existe na medida em que os indivíduos a tratam como tal, relacionando-se com ela como tal’. (ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p.17).

³⁸¹ No ano, então, de 1955-56, avançava a retomada estrutural. Lacan faz uma revisão por meio dos conceitos de *foraclusão* e *Nome-do-Pai*, advindas do progressivo estabelecimento de uma *nova teoria do significante* oriunda dos trabalhos de Jakobson. *Foraclusão* é termo relativo à prescrição ou caducidade de um direito, lançado por Lacan na última sessão do referido seminário sobre as psicoses e à leitura, como dissemos, do comentário de Freud sobre a paranoia do jurista Daniel-Paul Schreber (“*Em todo o caso, é impossível desconhecer, na fenomenologia da psicose, a originalidade do significante como tal. O que há de tangível no fenômeno de tudo o que se desenrola na psicose é que se trata da abordagem pelo sujeito de um significante como tal, e da impossibilidade dessa abordagem. Não torno a voltar à noção de ‘Verwerfung’ de que parti, e para a qual, tudo bem refletido, proponho que vocês adotem definitivamente esta tradução que creio a melhor – ‘foraclusão’*”). (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 3 (as psicoses, 1955-1956), pp. 369-370) no dia 4 de julho de 1956. Graças a isto, em termos lacanianos, pôde então ser vista e definida a paranoia de Schreber como *foraclusão do Nome-do-Pai*: “*el nombre de D. G. M. Schreber, es decir, la función de significante primordial encarnada por el ‘padre’ a través de las teorías educativas encaminadas a reformar la naturaleza humana, había sido rechazado (prescrito) [foracluído] del universo del hijo y retornaba en lo real delirante del discurso del narrador.*” Lacan, assim, fora o primeiro a teorizar e precisar o funcionamento, no delírio autobiográfico (SCHREBER, Daniel-Paul. *Memórias de um doente dos nervos*. Tradução e introdução de Marilene Carone. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995) de um narrador louco, daquilo que os outros haviam notado acerca do vínculo entre o sistema educativo do pai e o delírio do filho. Desta forma, apareciam no escrito os estranhos instrumentos de tortura, semelhantes aos mecanismos de normalização implementados pelo pai – o “nome do pai”, censurado e excluído da memória do filho, retornava nas “*Memórias*”. (ROUDINESCO, Elisabeth. *Lacan*, p. 424).

³⁸² Sobre a questão da formação, no caso Schreber, do *paradoxo de uma falsa alteridade*, na qual tenta-se exatamente dar conta desta *foraclusão* do significante primeiro, cf. LEGENDRE, Pierre. *La 901 Conclusion*, pp. 150 ss.

hostil, querem persegui-lo.”³⁸³ O que se passa com a assunção deste conceito forjado, em linhas simples, nada mais é do que, através deste mecanismo atuante na *psicose*, a produção da rejeição de um significante fundamental, então foracluído, para fora do universo simbólico do sujeito, não ficando integrado no inconsciente como no *recalque*. O significante foracluído ou os significantes que o representam, neste caso, não pertencem ao inconsciente, porém retornam (no real) por ocasião de uma alucinação ou um delírio que invadem a fala ou a percepção do sujeito.³⁸⁴

Nos signos que surgem, ele projeta o ideal, na crença de comprovar a certeza que lhe é pressuposta. O lugar do juiz-inquisidor guarda características paranoicas por excelência. Neste posto, ele sabe o que o *Outro* diz e o *Real* é possível para ele pelo Verbo³⁸⁵. Tudo no processo lhe diz referência (não raro o *ato falho*³⁸⁶, ou nem tanto, de dizer “a *minha vara x*”³⁸⁷, com referência ao seu local de trabalho, quiçá seja a melhor representação de quando podemos ser levados a ocupar o lugar do *falo*³⁸⁸), centro das

³⁸³ QUINET, Antonio. “O número um, o único”. In: QUINET, Antonio. *Na Mira do Outro: a paranóia e seus fenômenos*. Rio de Janeiro: Rio Ambiciosos, 2002, p. 17.

³⁸⁴ ROUDINESCO, Elisabeth. *Lacan*, pp. 245-246.

³⁸⁵ GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade: na filosofia antiga e na psicanálise*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, pp. 07-20.

³⁸⁶ FREUD, Sigmund. “El Chiste y su Relación con lo Inconsciente”. In: *Obras Completas*. Tomo I, pp. 1029-1167.

³⁸⁷ “Nestes momentos em que emerge o sujeito, em que algo da verdade cospe da boca ou brota nos sonhos ou se inscreve sintomaticamente na vida do sujeito, pode ser que ele se veja barrado como é, despido do seu “eu sou”, deportado de uma ilusória essência, mais distante do que nunca da impossível essência: ‘SOU JUIZ’” (SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos*, p. 78).

³⁸⁸ Menos ilustrativo do que emblemático. Certamente não se pode atribuir plena aleatoriedade ao fato de que o caso paradigmático que perpassa toda a literatura acerca da *psicose*, particularmente da paranoia, seja o caso de um magistrado, que exatamente em suas funções começa a demonstrar seus surtos patológicos. Em linhas gerais, Daniel-Paul Schreber nasceu em Leipzig, em 25 de julho de 1842, numa ilustre família da burguesia protestante alemã. Na Alemanha, o sobrenome é conhecido pelos *Schrebergärten*, pequenas áreas ajardinadas que receberam o nome em homenagem a seu pai Daniel Gottlob Moritz Schreber, célebre por ter construído uma série de teorias educativas rígidas fundadas no higienismo, na ortopedia, no exercício e na helioterapia (exemplar são os manuais educativos infantis que impunham posturas corporais corretas às crianças através de instrumentos bárbaros). Fora também promotor dos loteamentos operários com jardins, movimento que anos mais tarde seria recuperado pelo nacional-socialismo. Estes loteamentos que inspiraram a criação destas áreas ajardinadas no fim do século XIX. Buscando corrigir os defeitos da natureza humana, ele queria remediar a degradação geral da sociedade a fim de fazer surgir o ser perfeito dos novos tempos. Morre com 53 anos quando acabava de publicar a obra: “*O amigo do lar como educador e guia para os pais e as mães do povo alemão*”. Já o filho, Daniel-Paul Schreber, iniciou seus estudos de direito em 1860, ano antes da morte do pai. Em 1878, após casar-se com Sabine Schreber, foi nomeado *derichtsdirektor* (diretor administrativo) do Tribunal Provincial de Chemnitz. Nas eleições para o Reichstag em 1884, já presidente do supremo tribunal de Saxe, sob o apoio do Partido Conservador e pregador da ordem moral elevada por Bismarck, perde a disputa para o

atenções e que sobre os outros facilmente pode delirar, já que ali estão para enganar-lhe, principalmente se for um réu carregado de premissas acusatórias. Basta com-provar a crença que afinal, “já sabia”. “*O paranóico que se acredita esse Um único pode querer encarnar o Outro para todos os outros – a posição que o aproxima do canalha. Presunçoso, sabe o que é bom para os outros, como conduzi-los e como fazê-los gozar, seja do saber, seja da vida eterna ou do paraíso.*”³⁸⁹ O inquisidor desempenha uma função mecânica dentro deste quadro, edificando cabalas indutivas, como dito, não necessitando de contraditório, pois sabe. Sem dúvida, a própria figura onipresente e perfeita do Todo-Poderoso. Projetando-se no *ideal* (dos outros), tendo a certeza da sua verdadeira missão, porque incorporados da função da Lei do *Outro*, encarnados na

social-democrata Bruno Geiser, desencadeando seu primeiro colapso nervoso e internado por seis meses no Hospital Universitário de Leipzig, sob os cuidados do seu diretor Paul Emil Flechsig. Após a alta, exerceu vários cargos de juiz distrital na Saxônia, mas seu rumo pioraria quando, em 1893, foi nomeado para o cargo de *Senatspräsident*, ou juiz-presidente da terceira vara da Suprema Corte de Apelação de Dresden. Novos e graves sintomas aparecem e, em novembro deste ano, é novamente internado na clínica da Universidade por vários meses, ocasião em que sua estrutura paranoica toma figuras definitivas. Depois de breve passagem por uma clínica particular, é transferido para o Real Sanatório Público de Sonnestein, em junho de 1894, onde permaneceu sob os cuidados de Guido Weber até dezembro de 1902. Declarado incapaz, teve esta decisão revogada por apelação acolhida pela Suprema Corte. Dentre os documentos, estava ali o texto das *Memórias* que havia terminado de escrever em 1900, tendo-as publicado após sua alta de Sonnestein em 1903. Graças a esse relato, obteve sua saída do hospital e a restituição de seus bens, não por ter provado que não era louco, mas por demonstrar ao tribunal que essa loucura não podia contribuir em motivo jurídico de encerramento. Viveu ainda com a mãe e uma das irmãs por breve período, mas logo mudou-se para Dresden com a mulher. Seu bem-estar geral era esporadicamente interrompido pelos tormentos da doença. Em 1907, Sabine sofre um derrame e poucas semanas depois Schreber é hospitalizado pela terceira vez, agora no manicômio estatal do vilarejo de Dösen, ali permanecendo até sua morte em 14 de abril de 1911. (SANTNER, Eric. L. *A Alemanha de Schreber: uma história secreta da modernidade*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, pp. 15-18 e ROUDINESCO, Elisabeth. *Lacan*, pp. 418-420). No final do mesmo ano, Freud, que não sabia se Schreber ainda estava vivo, começa a escrever suas observações sobre o caso (FREUD, Sigmund. “Observaciones psicoanalíticas sobre un caso de paranoia («dementia paranoides») autobiograficamente descrito (caso «Schreber»)”. In: *Obras Completas*. Tomo II, pp. 1487 ss.). A autobiografia, em que metade de um capítulo sobre a família do narrador foi suprimida por imprópria à publicação, expunha o sistema delirante de um homem às voltas com a perseguição de Deus. Em sua língua deslumbrante, convencera-se de ter vivido sem estômago e bexiga, da proximidade do fim do mundo e de que era o sobrevivente ao meio dos doentes e enfermeiros. Deus, dirigindo-se a ele numa língua fundamental, confiava-lhe a salvação do mundo, através da sua transformação em mulher para engendrar uma nova raça nos escombros de uma humanidade apodrecida. Recebendo raios regeneradores de Deus que o tornavam imortal, porém era perseguido por pássaros embebidos em venenos cadavéricos que se lançavam contra ele. Enquanto aguardava a metamorfose em mulher e ser engravidado por Deus, resistia à perseguição divina, berrando contra o sol, e ao doutor Flechsig, assassino da alma que havia abusado sexualmente dele para em seguida abandoná-lo. (SCHREBER, Daniel-Paul. *Memórias de um doente dos nervos*. Tradução e introdução de Marilene Carone. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995).

³⁸⁹ QUINET, Antonio. “O número um, o único”, p. 18.

função de ordem do mundo, cabe-lhes extirpar o mal da terra. Movimento de autorreferência nem tão sutil no processo penal, particularmente na postura quanto à gestão da prova, mas nem por isso tão evidente que faça com que, de fato, não perceba – pouco importa que saiba, continua derivando de seu qua(dra)do de maneira excedente.

Dadas algumas linhas mestres, cabe aprofundarmos os elementos para sairmos, com este convidado estratégico, do *set* psicanalítico. A possibilidade de diálogo entre assuntos jurídicos e psicanalíticos não indica uma apropriação de um discurso por outro. Ambos possuem estruturas diferentes, por isso as dificuldades inerentes. O caminho já foi trilhado, pretendendo desafetar o Direito do domínio total da racionalidade consciente.³⁹⁰ Neste contexto, interessa indicar alguns conteúdos inconscientes do julgador, visto em sua comum singularidade *in-divi-dual*. O *inconsciente*, não percebido coisificadamente, deve ser atentado como estrutura desde *dentro e na linguagem*³⁹¹ – “o *inconsciente é estruturado como uma linguagem*”³⁹². E do mundo da linguagem não se

³⁹⁰ Exemplificando parte pelo todo, é o caso de alguns, como Pierre Legendre, além de seus inúmeros seminários (desde LEGENDRE, Pierre. *Leçons I – La 901^o Conclusion: Étude sur le théâtre de la Raison*, até o volume IX, ainda inédito, das *Leçons – Genre humain est gouverné de deux façons: le monument romano-canonique*), especialmente LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*; MARTINHO, José. “*Posfácio A «Intersecção Direito – Psicanálise»*”. In: *Direito e Psicanálise: Intersecções e Interlocações a Partir de “O Caçador de Pipas” de Khaled Hosseini*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. No Brasil, destaque para MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise”. In: *Direito e Neoliberalismo*, pp. 19-37; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal”, pp. 39-77 (sem esquecer a série referida *Direito e Psicanálise*, oriunda dos trabalhos do Núcleo de Direito e Psicanálise (NDP) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), do mesmo autor em organização, editada pela Lumen Juris (RJ), desde 2006); PHILIPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal*; ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: psicanálise, direito e cultura*. Campinas: Millennium, 2007. Relevância especial ainda para as obras oriundas da Coleção “Escritos em Psicanálise e Direito”, coordenada por Fernanda Otoni de Barros, como: BARROS, Fernanda Otoni de (coord.). *Contando “Causo” – Psicanálise e Direito: a clínica em extensão*. Vol. 1. 2^a ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001 e *Do Direito ao Pai: a paternidade no tribunal e na vida*. Vol 2 e SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos*. Vol. 4.

³⁹¹ “A experiência psicanalítica descobriu no homem o imperativo do verbo e a lei que o formou à sua imagem. Ela maneja a função poética da linguagem para dar ao desejo sua mediação simbólica. (...) é no dom da fala que reside toda a realidade de seus efeitos; pois foi através desse dom que toda a realidade chegou ao homem, e é por seu ato contínuo que ele a mantém.” (LACAN, Jacques. “Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise”. In: *Escritos*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 323).

³⁹² “A maioria desta assembleia tem noção de que já adiantei isto – ‘o inconsciente é estruturado como uma linguagem’ – o que se relaciona com um campo que hoje nos é muito mais acessível do que no tempo de Freud. Ilustrarei com algo que é materializado num plano seguramente científico, com esse campo que explora, estrutura, elabora Claude Lévi-Strauss, e que ele rotulou com o nome de ‘Pensamento selvagem’” (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 11 (os quatro conceitos fundamentais da psicanálise). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller.

escapa com um recurso a uma *metalinguagem*. Freud referia que a linguagem opera por *deslocamento/condensação*³⁹³ ou, para Lacan, pela parêntese *metáfora/metonímia*.³⁹⁴

Tradução M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, pp. 27-28). É o próprio *inconsciente* que é estruturado seguindo os mecanismos da *condensação* e *deslocamento*, mecanismos esses que Lacan, seguindo Jakobson, vai interpretar como análogos às figuras linguísticas da *metáfora* e da *metonímia*. O ponto central do pensamento de Lacan é aquele que concede ao *simbólico* o papel de constituinte do sujeito humano. É a *função simbólica* que ali pesa. Sua originalidade está em como, a partir das contribuições da linguística e da antropologia estruturais, ele vai “reler” Freud e assinalar os níveis de estruturação do simbólico. Uma de suas fontes é a linguística de Ferdinand de Saussure exposta postumamente no *Curso de linguística geral* (cf. BOUQUET, Simon. *Introdução à leitura de Saussure*. 9ª ed.. Tradução Carlos A. L. Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2004). Para ele, o *signo* linguístico é unidade composta de duas partes, *significado* e *significante*, ou seja, união de um conceito e de uma linguagem acústica (impressão psíquica do som), apontando dois princípios a ele referente: *arbitrariedade* e *linearidade*. A arbitrariedade do signo fala de sua imotivação, “não-naturalidade”, quer dizer, o mesmo significado “árvore” pode ser representado por vários significantes *arbor*, *arbre*, *tree* etc. Já o segundo, diz respeito ao caráter linear do significante, pois os elementos dos significantes acústicos se apresentam um após o outro. Mas a significação do *signo* não se isola aí. Há que se perquirir sobre seu *valor*, passando a ser considerado também como um termo no interior de um sistema. Daí o valor ser representado por uma relação horizontal do signo com os demais signos do sistema língua. Mas Saussure nunca fez do *valor* o constituinte central da *significação* ou abriu mão da relativa autonomia da relação isolada entre significado/significante. O que faz Lacan é inverter a representação saussuriana do signo para quebrar sua unidade. Na “*Instância da letra no inconsciente*” Lacan assinala o algoritmo *S/s*, onde *S* é o significante e *s* o significado, ambos separados pela barra indicadora de duas ordens distintas, interpondo entre ambos uma barreira identificadora de “*ordens distintas e inicialmente separadas por uma barreira resistente à significação*”. É a cadeia de significantes que será a produtora de significados, nenhum significante podendo ser pensado fora de sua relação com os demais, sendo a oposição diferencial entre significantes que produz o efeito de significado: “*nenhuma significação se sustenta a não ser pela remissão a outra significação. (...) Se formos discernir na linguagem a constituição do objeto, só poderemos constatar que ela se encontra apenas no nível do conceito, bem diferente de qualquer normativo, e que a ‘coisa’, evidentemente ao se reduzir ao nome, cinde-se no duplo raio divergente: o da causa em que ela encontrou abrigo em nossa língua e do nada ao qual abandonou sua veste latina (‘rem’). (...) E fracassaremos em sustentar sua questão enquanto não tivermos livrado da ilusão de que o significante atende à função de representar o significado, (...) de que o significante tem que responder por sua existência a título qualquer.*” A mais correta ilustração será a de duas portas absolutamente idênticas separadas dos significantes “HOMENS” e “MULHERES” por uma barra, expondo que será a oposição entre os significantes que produzirá a diferenciação entre os significados (LACAN, Jacques. “Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise”. In: *Escritos*, pp. 500-502) A estrutura do significante, que se antecipa ao sentido, está em ele ser articulado. Submetidos a se reduzirem a elementos diferenciais últimos (*fonemas* – a ver com o *sistema sincrônico* dos pareamentos diferenciais necessários ao discernimento dos vocábulos numa dada língua) e de comporem segundo as leis de uma ordem fechada (substrato topológico da “*cadeia de significantes*”: anéis cujo colar se fecha no anel de um outro colar feito de anéis): “*(...) é na cadeia de significantes que o sentido ‘insiste’, mas que nenhum dos elementos da cadeia ‘consiste’ na significação (...). Impõe-se portanto, a noção de um deslizamento incessante do significado sob o significante.*” (LACAN, Jacques. “Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise”. In: *Escritos*, p. 506).

³⁹³ FREUD, Sigmund. “La Interpretación de los Sueños”. In: *Obras Completas*. Tomo I, pp. 517-535. A *condensação* e o *deslocamento* não são apenas mecanismos da elaboração onírica, mas sim os marcos distintivos do assim chamado *processo psíquico primário*. (cf. FREUD,

O inconsciente franqueado por Freud, desde sua construção/abertura³⁹⁵, aparece em Lacan indicado pelos registros do *Simbólico-Imaginário-Real*,³⁹⁶ unidos pela

Sigmund. “Observaciones psicoanalíticas sobre un caso de paranoia («dementia paranoides») autobiograficamente descrito (caso «Schreber»)”. In: *Obras Completas*. Tomo II, pp. 1487 ss.).

³⁹⁴ Ao estudar o problema da afasia, o linguista Roman Jakobson assinalou que todo o distúrbio afásico se distribui em torno de dois tipos polares: o *metafórico* e o *metonímico*, isto é, são distúrbios da *similaridade* ou da *contigüidade*: “*toda a forma de distúrbio afásico consiste em alguma deterioração, mais ou menos grave, da faculdade de seleção e substituição, ou da faculdade de combinação e contexto. (...) A metáfora é incompatível com o distúrbio da similaridade e a metonímia com o distúrbio da contigüidade.*” (JAKOBSON, Roman. *Lingüística e Comunicação*. 26ª ed.. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 55). Foi o próprio Jakobson quem relacionou os pólos *metafórico* e *metonímico* descritos pela linguística com a *condensação* e o *deslocamento* apontados por Freud como mecanismos básicos da elaboração onírica. É n’A *interpretação de sonhos* que Freud os põe como linguagem. Assim, escreve Lacan, ser o sonho um rébus e suas imagens apenas devendo ser consideradas pelo seu valor significante na cadeia. Este deslizamento é produzido pelos mecanismos de *condensação* (*Verdichtung*) e *deslocamento* (*Verschiebung*). Na *condensação* teríamos uma superposição dos significantes dando origem à *metáfora*; no *deslocamento*, pelo transporte da significação com base na contigüidade, teríamos o equivalente à *metonímia*. Por aqui que Lacan, lançando mão da homenagem à Jakobson, traz as duas figuras de estilo ou *tropos*: *metonímia* apoiada na *palavra em palavra* da conexão; e a *metáfora*, *uma palavra por outra*, eis a sua fórmula. Homólogos, ambas as parselhas assumem no sonho e no discurso, que se estruturam, pois, como linguagem, “*papel de figurabilidade*” (LACAN, Jacques. “A instância da letra no inconsciente ou a razão desde Freud”. In: *Escritos*, pp. 509-510 e pp. 513-514). O importante no que Freud nos diz sobre o sonho está em sua retórica: “*elipse e pleonasma, hipérbato ou silepse, regressão, repetição, aposição, são esses os deslocamentos sintáticos, e metáfora, catacrese, antonomásia, alegoria, metonímia e sinédoque, as condensações semânticas em que Freud nos ensina a ler as intenções ostentatórias ou demonstrativas, dissimuladoras ou persuasivas, retaliadoras ou sedutoras com que o sujeito modula seu discurso onírico.*” (LACAN, Jacques. “Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise”. In: *Escritos*, p. 269). *Metáfora* e *metonímia*, portanto, são formadoras do *inconsciente* no recalamento original, encontradas em todas as chamadas formações do *inconsciente*, e são responsáveis pelo duplo sentido característico da linguagem: “*O fato de ela dizer outra coisa diferente daquilo que diz a letra. (...) esse efeito de alteração do sentido é obtido na metáfora pela substituição de significantes que apresentam entre si uma relação de similaridade, e, na metonímia, pela substituição de significantes que apresentam entre si uma relação de contigüidade.*” (GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. 23ª ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 188). A tópica do inconsciente [f(S)I/s] se dá na copresença, no significado, da cadeia de significante horizontal e de suas contigüidades verticais. São fórmulas de *conexão* e de *substituição*. É exatamente na estrutura *metonímica* que a conexão significante-significante permite a elisão mediante a qual o significante instala a falta do ser na relação de objeto; já a estrutura *metafórica* indica que é na substituição do significante pelo significante que se produz um efeito de significação que é de poesia ou criação. Daí a “*excentricidade*” das palavras de Lacan quando escreve sobre a *função do sujeito*: “*penso onde não sou, logo sou onde não penso. Palavras que, para qualquer ouvido atento, deixam claro com que ambigüidade de jogo-do-anel escapa de nossas garras o anel do sentido no fio verbal. (...) eu não sou lá onde sou brinquedo de meu pensamento; penso naquilo que sou lá onde não penso pensar. Esse mistério de duas faces liga-se ao fato de que a verdade só é evocada na dimensão de álibi (...)*” (LACAN, Jacques. “A instância da letra no inconsciente ou a razão desde Freud”. In: *Escritos*, p. 521).

³⁹⁵ GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*, pp. 168-195.

*metáfora paterna*³⁹⁷, no chamado *nó de borromeu*³⁹⁸. Com a fundação da Sociedade Francesa de Psicanálise em 1953, Lacan apõe seus marcos de ensino nos discursos que pronuncia na nova sociedade sob o título “*O Simbólico, o Imaginário e o Real*”³⁹⁹ e, no Congresso de Roma, “*Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise*”⁴⁰⁰. O ensino lacaniano passa, assim, a ter a *linguagem* como ponto de destaque⁴⁰¹, pois é no *Simbólico* que o sujeito é sacado do *Imaginário (Estádio do Espelho*⁴⁰²) e promove sua

³⁹⁶ Ao que parece, Lacan insiste cada vez mais, a partir daí, que a experiência humana não é mais um campo de condutas guiadas apenas por *imagens ordenadoras (Imaginário)* e por *estruturas sociossimbólicas (Simbólico)* que visam a garantir e a assegurar identidades, mas também por uma força disruptiva cujo nome é *Real*, aqui não entendido basicamente como um horizonte de experiências concretas acessíveis à consciência imediata, mas dizendo respeito a um campo de experiências subjetivas que não podem ser adequadamente simbolizadas ou colonizadas por imagens fantasmáticas. E o nome, enfim, dado por Lacan ao modo de acesso ao *Real* é chamado de *gozo* (SAFATLE, Vladimir. *Lacan*, p. 74).

³⁹⁷ ROUDINESCO, Elisabeth. *Lacan*, pp. 383-428.

³⁹⁸ Simultânea à última virada lógica de Lacan, apoiada na leitura de Wittgenstein, foi a invenção do *matema* (escrita algébrica capaz de expor cientificamente os conceitos da psicanálise, permitindo transmiti-lo em termos estruturais, como se tratasse do próprio discurso da *psicose*) e, com ele, o *nó borromeano*. Este último, expressão introduzida em 9 de fevereiro de 1972, para designar as figuras topológicas, ou nós trançados, destinados a traduzir a trilogia em termos de real/simbólico/imaginário e, portanto, em função da primazia do real, isto é, da *psicose*, em relação aos outros dois elementos. Aludia o brasão da família milanesa de Borromeu, composto de três anéis em forma de trevo, simbolizando uma tríplice aliança, onde se um deles fosse retirado, os dois outros ficariam soltos, remetendo cada um ao poder de cada ramo da família (ROUDINESCO, Elisabeth. *Lacan*, pp. 521-558).

³⁹⁹ LACAN, Jacques. “O Simbólico, o imaginário e o real”. In: *Nomes-do-Pai*. Tradução André Telles e revisão técnica Vera Lopes Besset. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, pp. 9-53.

⁴⁰⁰ LACAN, Jacques. “Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise”. In *Escritos*, pp. 238-324.

⁴⁰¹ “Ninguém deve desconhecer a lei: essa fórmula, transcrita do humor de um Código de Justiça, exprime no entanto a verdade em que nossa experiência se fundamenta e que ela confirma. Nenhum homem a desconhece, com efeito, já que a lei do homem é a lei da linguagem (...)” (LACAN, Jacques. “Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise”. In: *Escritos*, p. 272).

⁴⁰² LACAN, Jacques. “O estádio do espelho como formador da função do eu: tal como nos é revelada na experiência psicanalítica”. In: *Escritos*, pp. 96-103. O *Estádio do Espelho*, a saber, recebe de Lacan nos seus estudos sobre o narcisismo, um lugar especial. Consiste no momento em que a criança em torno dos 18 meses, confrontada com o espelho, reconhece a forma refletida como sua, quer dizer, identifica que, ao mesmo tempo, é causa do desejo de sua mãe, com o qual devia daí por diante se identificar. A criança, pela sua imagem refletida no espelho, neste momento aliena-se para sempre, instante em que o *enfans* é lançado numa identidade alienante de uma imagem. A imagem aparece como dispositivo fundamental de socialização e de individuação. A formação da imagem do corpo próprio faz da descrição do *Eu [Je]* (sujeito do inconsciente) um lugar privilegiado de alienação. Um corpo indiferenciado do da mãe que passa a um corpo próprio permitindo acesso ao *recalque* que o afasta da imagem unitária do *eu ideal*. Assim escrito o ponto essencial da *fase do espelho*: “o primeiro efeito que aparece da ‘imagem’ no ser humano é um efeito de ‘alienação’ do sujeito. É no outro que o sujeito se identifica e até se experimenta a princípio”. (LACAN, Jacques. “Formulações sobre a causalidade psíquica”. In: *Escritos*, p. 182). Daí a expressão fulgurante utilizada, desde Rimbaud, por Lacan, bem sabida de que “[*Eu*] é um outro” (LACAN, Jacques. *O Seminário*.

ligação ao laço social. O ingresso no universo simbólico é o momento de constituição do *inconsciente*.⁴⁰³ O *inconsciente*, neste ponto, é *capítulo censurado*⁴⁰⁴, marcado por um branco, mas presente, irrompendo-se no *Simbólico*, onde aparece o analista como decifrador do *sintoma*⁴⁰⁵. É o *inconsciente* de um sujeito clivado, como se este *Outro* linguagem fosse (“o *inconsciente* é discurso do *Outro*”⁴⁰⁶). O *sujeito*, *ex-cêntrico*, que não se confunde com o *eu*⁴⁰⁷, é movido pelo *desejo*, que antes de tudo é *desejo* do *Outro*, situado no *Real* de impossível acesso: “*assim, é antes a assunção da castração*

Livro 2 (o ‘eu’ na teoria de Freud e na técnica da psicanálise). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Tradução Marie Christine Laznik Penot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 14). Na constituição do sujeito, esta etapa carrega um valor inafastável, pois será da tensão de sua imagem e a agressividade derivada do efeito dissonante que estarão ancoradas as relações de *hainamoration* de sua experiência: “*o que, para vocês, eu gostaria de escrever hoje como a ‘hainamoration’, uma enamoração feita de ódio (haine) e de amor, um ‘amódio’, é o relevo que a psicanálise soube introduzir para nele inscrever a zona de sua experiência*” (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 20 (mais, ainda). 2ª ed.. Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Versão brasileira de M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 122). As disputas constantes imaginárias entre o *eu* e o *outro* remanescerão cativas da lembrança de uma imagem especular, antes lugar perfeito e completo, agora impossível. O dilema surge oscilando entre o amor e a ameaça quanto à relação com o *outro*: “*As trocas humanas comportam, com efeito, uma certa marca persecutória? O outro sempre traz consigo uma promessa de amor ou uma ameaça possível, que evoca no indivíduo o drama inicial de sua existência. O caos primordial – projeção dos medos, dúvidas e ruína possível do sujeito em face daquele que pode se revelar como perseguidor e malfeitor – permanece presente, mesmo de uma forma velada, nos pensamentos e gestos humanos. O sujeito confronta-se constantemente com a possibilidade de desintegrar-se, desde que a miragem fantasmática do carrasco converta-se em realidade*” (PHILIPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei*, p. 168).

⁴⁰³ “*O inconsciente, a partir de Freud, é uma cadeia de significantes que em algum lugar (numa outra cena, escreve ele) se repete e insiste, para interferir nos cortes que lhe oferece o discurso efetivo e na cogitação a que ele dá forma.*” (LACAN, Jacques. “Subversão do sujeito e dialética do desejo no inconsciente freudiano”. In: *Escritos*, p. 813).

⁴⁰⁴ “*O inconsciente é capítulo de minha história que é marcado por um buraco ou ocupado por uma mentira: é o capítulo censurado. (...) O inconsciente é parte do discurso concreto, como transindividual, que falta à disposição do sujeito para restabelecer a continuidade de seu discurso consciente*” (LACAN, Jacques. “Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise”. In: *Escritos*, p. 260).

⁴⁰⁵ “*(...) se o sintoma é uma metáfora, dizê-lo não é uma metáfora, nem tampouco dizer que o desejo do homem é uma metonímia. Porque o sintoma ‘é’ uma metáfora, quer se queira ou não dizê-lo a si mesmo, e o desejo é uma metonímia, mesmo que o homem zombe disso.*” (LACAN, Jacques. “De uma questão preliminar a todo tratamento possível da psicose”. In: *Escritos*, p. 532).

⁴⁰⁶ LACAN, Jacques. “A instância da letra no inconsciente ou a razão desde Freud”. In: *Escritos*, p. 529.

⁴⁰⁷ A clínica lacaniana, de alguma forma, só poderá ser vista como uma forma de crítica da alienação. É num *Si mesmo*, que Lacan chama de “sujeito”, estranho ao *Eu*, que encontraremos o *desejo*. Cria-se uma dualidade entre *moi* (o *Eu* produzido pela imagem do corpo) e *Je* (o sujeito do desejo), pautando-se a “*discordância primordial entre Eu e o ser*” (LACAN, Jacques. “Formulações sobre a causalidade psíquica”. In: *Escritos*, p. 188).

que cria a falta pela qual se institui o desejo. O desejo é desejo de desejo, desejo do Outro, como dissemos, ou seja, submetido à Lei.”⁴⁰⁸

O retorno à Freud, via Lacan, coloca-nos diretamente em contato com a proibição do incesto no mito de Édipo⁴⁰⁹, como Lei básica que inaugura a cadeia de

⁴⁰⁸ LACAN, Jacques. “Do ‘Trieb’ de Freud e do desejo do psicanalista”. In: *Escritos*, p. 866. Ademais: “Se eu disse que o inconsciente é o discurso do Outro com maiúscula, foi para apontar o para-além em que se ata o reconhecimento do desejo ao desejo de reconhecimento” (LACAN, Jacques. “A instância da letra no inconsciente ou a razão desde Freud”. In: *Escritos*, p. 529).

⁴⁰⁹ FREUD, Sigmund. “Totem y Tabu”. In: *Obras Completas*. Tomo II. pp. 1745-1850. Vale dizer que se trata de uma interdição sexual, e, aos pudicos, Lacan rememora: “A alguém, um jurista, que havia mesmo querido inquirir-me sobre o que é meu discurso, acreditei poder responder – para fazê-lo sentir, a ele, o que é o seu fundamento, a saber, que a linguagem não é o ser falante – que eu não me achava deslocado por ter que falar numa faculdade de direito, pois é onde a existência dos códigos torna manifesta a linguagem, isto se mantém lá, à parte, construído ao correr de eras, ao passado que o ser falante, o que chamamos os homens, é bem outra coisa. (...) hoje, e lembrarei ao jurista que, no fundo, o direito fala do que vou lhes falar – o gozo.” (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 20 (mais, ainda), p. 10. A pulsão, ademais, que para Freud seria um conceito entre o psíquico e o somático, é movida pela pedra-de-toque do recalque que sempre retorna [(FREUD, Sigmund. “Tres Ensayos para una Teoría Sexual”. In: *Obras Completas*. Tomo II, pp. 1230-1237; dirá ainda Lacan: “a pulsão, tal como é construída por Freud a partir da experiência do inconsciente, proíbe ao pensamento psicologizante esse recurso ao instinto com que ele mascara sua ignorância, através da suposição de uma moral da natureza” (LACAN, Jacques. “Do ‘Trieb’ de Freud e do desejo do psicanalista”. In: *Escritos*, p. 865)]. É este movimento pulsional, de vida e morte, que estará marcado no sujeito (no Imaginário – Eu Ideal e o Simbólico – Ideal do Eu) em suas relações com o Outro. Se o inconsciente é o discurso do Outro, na estrutura lacaniana (não haverá desejo sem linguagem), isto quer dizer que o inconsciente está repleto da fala, das conversas, das aspirações, das fantasias de outras pessoas (FINK, Bruce. *O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Tradução Maria de Lourdes Sette Câmara. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 29). É através do mito de Édipo, descrito por Freud (FREUD, Sigmund. “La Interpretación de los Sueños”. In: *Obras Completas*. Tomo I, pp. 506-507), do crime praticado contra o Pai da Horda, que ele reconstrói o advento social. O Totem – antepassado comum ao grupo – constitui-se objeto de Tabu (FREUD, Sigmund. “Totem y Tabu”. In: *Obras Completas*. Tomo II, pp. 1748 e 1758). Este significava as interdições e proibições, ou seja, o que há por detrás é um desejo limitado: “dado que el tabu se manifiesta principalmente por prohibiciones, podríamos suponer, sin necesidad de buscar confirmación alguna en la investigación de las neurosis, que tenía su base en deseos positivos. No vemos, en efecto, que necesidad habría de prohibir lo que nadie desea realizar; aquello que se hallan severamente prohibido tiene que ser objeto de un deseo.” (FREUD, Sigmund. “Totem y Tabu”. In: *Obras Completas*. Tomo II, p. 1791). O Tabu como proibição primeva não afasta, assim, o desejo de violá-lo que permanece no inconsciente. E o fato de a violação de um Tabu poder ser expiada por uma renúncia mostra que esta renúncia se acha na base da obediência ao Tabu. (FREUD, Sigmund. “Totem y Tabu”. In: *Obras Completas*. Tomo II, p. 1769). E será mediante o crime perpetrado contra o Pai terrível da Horda que os irmãos se reconhecerão definitivamente frente à fascinação mortífera do onipotente: “o pai, enquanto tal, não existe a não ser morto realmente ou simbolicamente; que nos leva a uma noção fundamental: o pai não existe a não ser como pai ‘mítico’. (...) Mas o pai, em sua função mítica, é aquele que provoca reverência, terror e amor ao mesmo tempo, o pai é aquele que sufoca, castra e que deve então ser morto ou, no mínimo vencido; ele é, além disso, o portador e depositário das proibições. Seu assassinato é acompanhado de culpa e veneração. Não existe mais o pai real. O pai é sempre um pai morto, e o pai morto é sempre um pai

significantes. O complexo de Édipo é fundamental na configuração do que Lacan chamou *Nome-do-Pai*, ou seja, a primeira interdição que se apresenta e estrutura o *inconsciente* do indivíduo, eis que é a partir dela que é inserido na linguagem, tendo acesso ao *Simbólico*. É neste movimento, instaurado pela Mãe veiculadora da Lei do Pai, segundo Lacan, que o *enfant* percebe a ameaça da *castração*⁴¹⁰, vez que o Pai interdita seu objeto de prazer deslocando a atenção sobre si. O Pai inaugura a dimensão do *desejo*, o que significa renúncia ao gozo. O *falo*, assim, é o significante (do *desejo*) da completude imaginária, inacessível, pois da ordem do *Real*.⁴¹¹ O *falo* é, pois, o significante ordenador da estrutura e que remete ao *desejo* que é *desejo do Outro*, significante fundamental através do qual o *desejo* do sujeito pode se fazer reconhecer. O *Nome-do-Pai* vai funcionar, então, nesta instância fálica mãe-filho, para interditar a relação perfeita, inscrevendo o desejo e o *recalque* originário. Ele priva e instaura o desejo de ter o objeto desejado, daí o *objeto a*,⁴¹² símbolo da falta da qual o sujeito se separou, quer dizer, do próprio *falo*, não como tal, mas como do *falo* que faz falta: fundamento para todo modo de inserção na ordem simbólica e algo, ao mesmo tempo, que o sujeito deve perder para poder se constituir enquanto tal. Ou seja, fundamento de um processo que deve ser perdido para que este mesmo processo possa operar. Precisamente, algo que me constitui ao mesmo tempo que me escapa. Desta forma, apesar de se buscar tamponar a *demanda*, essa pretensão jamais é satisfeita; sendo, ademais, o *recalque* a própria condição fundamental da linguagem.

mítico.” (ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado*, p. 31). O banquete servido e o sangue derramado, a culpa pelo assassinato há de retornar. Abandonado o estado de natureza, erigida estará a civilização, e seu “mal-estar”, pela edificação do *Pai simbólico* decorrente da *culpa*. Mito necessário, segundo Freud, que se inscreve na partida de toda a história – com o *amor na origem da consciência* e a inevitabilidade do *sentimento de culpa* –, instaura a dimensão simbólica editando a civilização (FREUD, Sigmund. “El Malestar en la Cultura”. In: *Obras Completas*. Tomo III, pp. 3017-3067).

⁴¹⁰ LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 5 (as formações do inconsciente). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, pp. 177-178.

⁴¹¹ “*Lembro a vocês a maneira como dou suporte a esse termo de contingência. O Falo – tal como a análise o aborda como ponto chave, o ponto extremo do que se enuncia como causa do desejo – a experiência analítica pára de não escrevê-lo. É nessa ‘pára de não se escrever’ que reside a ponta do que chamei contingência. O necessário, ele nos é introduzido pelo ‘não pára’. O ‘não pára’ do necessário é o ‘não pára de se escrever’. É mesmo a essa necessidade que nos leva aparentemente a análise da referência do Falo. O ‘não pára de não se escrever’, em contraposição, é o impossível, tal como o defino pelo que ele não pode, em nenhum caso, escrever-se, e é por aí que designo o que é da relação sexual – a relação sexual não pára de não se escrever.*” (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 20 (mais, ainda), p. 127).

⁴¹² LACAN, Jacques. “Introdução aos Nomes-do-Pai”. In: *Nomes-do-Pai*, pp. 60 ss.

A *palavra do pai* garante a legalidade da estrutura do aparelho psíquico. É a partir do *Nome-do-Pai* que o *sujeito* irá articular suas relações, mediado pela linguagem. De maneira que será na formação do *supereu*, apontada por Freud⁴¹³, a partir da voz que adverte e do olhar que vigia, que esse movimento de reconhecimento, de mandato autorizado a partir do *Outro*, reflete a inscrição do *Nome-do-Pai*⁴¹⁴, instância capaz de garantir o *laço social* do *sujeito*. Este significante traz inscrito em si a legitimidade emanada do *Outro*. Cada vez que o homem imagina alguém no seu lugar, ama e se submete aos seus mandamentos, porque tem a crença compartilhada de que está autorizado pelo *Outro*.⁴¹⁵ “*O que está em jogo é a lei (simbólica), sua aplicação (imaginária), com o Poder Legislativo agindo em ‘Nome-do-Pai’ e o juiz como Pai ideal.*”⁴¹⁶

Aqui novamente está posto o nervo de nosso problema. Vez mais, sem o perigo da inútil repetição: o juiz naquela posição de protagonista, fundamentalmente, como ator da prova, encontra-se em posição semelhante (daí as analogias, nem tão distantes, dos delírios e alucinações) da construção de quadros e elaborações que têm a ver com a paranoia, antevista por Lacan, como exclusão do significante mestre. Não por outro motivo isto vem à tona, porque o magistrado se pôs lá, logo *des-in-diferente* – pois não dá chance alguma de sustentar um *écart* (descarto) dele mesmo – ao *ponto de basta*⁴¹⁷,

⁴¹³ FREUD, Sigmund. “El Malestar en la Cultura”. In: *Obras Completas*. Tomo III, pp. 3061-3062.

⁴¹⁴ Se a sociedade humana está dominada pela primazia da linguagem (o *Outro*, o *significante*), isso quer dizer que o polo paterno ocupa, na estruturação histórica de cada sujeito, um lugar análogo. Em primeiro lugar, Lacan definiu isto como *função paterna*, depois *função do pai simbólico*, depois *metáfora paterna*, para designar finalmente a função mesma como um conceito: o *Nome-do-Pai*. A elaboração deste conceito, segundo Roudinesco, era tributária do estabelecimento de uma *teoria do significante* e concomitante à teorização da noção de *forclusão* (tal como assevera: “*a função de ‘ser pai’ não é absolutamente pensável na experiência humana sem a categoria de significante*” LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 3 (as psicoses, 1955-1956), p. 338): “*En esa perspectiva, el paso edípico de la naturaleza a la cultura se hace de la manera siguiente: siendo la encarnación del significante porque nombra al hijo con su nombre, el padre interviene junto a este como privador de la madre, dando nacimiento a su ideal del yo.*” (ROUDINESCO, Elisabeth. *Lacan*, p. 417).

⁴¹⁵ PHILIPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei*, p. 201.

⁴¹⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal*, p. 21.

⁴¹⁷ “*O esquema do ponto de basta é essencial na experiência humana. Por que esse esquema mínimo da experiência humana, que Freud nos deu no complexo de Édipo, conserva para nós seu valor irredutível e no entanto enigmático? E por que esse privilégio do complexo de Édipo? Por que Freud quer sempre, com tanta insistência, reencontrar por toda a parte? Por que há aí um nó que lhe aparece tão essencial que ele não pode abandoná-lo na menor observação, particular? – se não é porque a noção de pai, muito próxima daquele temor a Deus, lhe dá o elemento mais sensível na experiência do que chamei o ponto de basta entre o significante e o significado. Levei talvez muito tempo para explicar-lhes isso, mas creio entretanto que isso*

enfim, que ele já mesmo ocupa de antemão. São os espelhos destas posições paranoicas, alucinatórias, que talvez façam traumáticamente tal juiz, em momento outro, ascender à posição de *sujeito*, não sem antes uma necessária dose de negação.

A *constituição paranoica* nos interessa, antes que atribuir leituras definitivas a sintomas variáveis. Estrutura formada, vimos, para descrença, na destituição da crença no *Outro*. Melman enfrentou⁴¹⁸ com coragem o tema ao introduzir uma observação sobre o que acontece na relação com o semelhante, que facilita a emergência de uma situação paranoica, nada afastada de qualquer contexto judicial de protagonismo e ainda mesmo de todo o ambiente que separa o meu mundo daquele do meu vizinho. Denomina-se *mur mitoyen* (parede divisória): reler ainda a noção de *(des)conhecimento paranoico* de Lacan pode passar pelo fenômeno, segundo ele, por exemplo, de um simples vizinho barulhento que, ao me fazer sentir excluído, me lança um sentimento de dano e de autorreferência, pois se começa a ter a certeza de que lá está a fazer tudo de propósito para me incomodar. Daí a dimensão *constante paranoica* própria a cada um.⁴¹⁹

*constitui imagem, e permite-lhe discernir como pode acontecer, na experiência psicótica, o significante e o significado se apresentarem sob a forma completamente dividida. Pode-se crer que, numa psicose, tudo está ali no significante. Tudo tem ar de estar ali. O presidente Schreber parece compreender perfeitamente bem o que é ser atravessado pelo professor Flechsig [Médico de Schreber], e alguns outros que vêm pôr-se no seu lugar. (...) Não é num outro registro que é preciso abordar o que se passa na psicose. Eu não sei o total, mas não é impossível que se chegue a determinar o número mínimo de pontos de ligação fundamentais entre o significante e o significado necessários para que um ser humano seja dito normal, e que, quando eles não estão estabelecidos, ou afrouxam, produzem o psicótico.” (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 3 (as psicoses, 1955-1956), pp. 311-312; cf. MILLER, Jacques-Alain. “A imagem rainha”. In: *Lacan Elucidado: palestras no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, pp. 575-598).*

⁴¹⁸ Sua lição, já clássica, acerca, profundamente, do caso Schreber: MELMAN, Charles. *Retorno a Schreber: Seminário 1994-95 – Hospital Henri Rousselle*. Tradução de Conceição Beltrão Fleig. Porto Alegre: CMC, 2006.

⁴¹⁹ A paranoia na vida cotidiana é ilustrada por Melman por três exemplos singelos, porém profundamente ilustrativos: “*digamos que vocês morem em um quarto, e, do outro lado, em outro quarto, há vizinhos. Não há nada de extraordinário nisso, mas eles fazem barulho, Eles falam. Isso não tem nada de extraordinário, eles têm de falar mesmo. Mas do quarto vocês podem ouvir esse barulho e, aliás, não compreendem muito bem o que eles dizem e não podem fazer parar esse barulho. Vocês batem na porta dos vizinhos e dizem: ‘Sejam gentis, façam um pouco menos barulho, porque isso me incomoda e eu não posso trabalhar no quarto’. Mas eles, os vizinhos, eles são muito gentis, mas não conseguem saber de que maneira a fala deles pode incomodá-los no seu quarto, então eles continuam. (...) outro exemplo: vocês sobem em um vagão de trem, e todas as pessoas que estão ali falam uma língua incompreensível, são estrangeiros. Vocês estão sentados ali nos próprios lugares, e essas pessoas muito simpáticas falam uma língua que vocês não compreendem. Quer dizer que logo que vocês se sentem excluídos dessa pequena comunidade. E, além disso, essas pessoas são alegres e se põem a rir*

Será que o vizinho era paranoico? Não forçosamente, mas é a situação que o tornou paranoico, dirá Melman. É a nossa relação com a fronteira que está em jogo e somos levados a pensar. Espontaneamente somos conduzidos a realizar, mesmo sendo normais, que do outro lado da fronteira pode haver uma ameaça. Reações paranoicas, assim, podem facilmente serem provocadas pelas circunstâncias. Por certo, algumas delas podem ser hiperdimensionadas, como na cena judicial, diante de um magistrado incumbido de realizar triunfantemente sua tarefa de preceptor da verdade desde a prova por si produzida. E sem o corte decisivo que porá limite a este(a) (dimensão paranoica do) *imaginário*, que pode conter o que há de melhor e aquilo de mais perverso em nós⁴²⁰, não se instala a heterogeneidade das posições, ou seja, a posição que se ocupa em relação a outrem. Do contrário, estaria acreditando na apreensão perfeita do significante em signo, da captação totalitária, já que abolido o lugar da alteridade, quiçá em nome do gozo ou simplesmente do componente narcísico.⁴²¹

Se a linguagem nos põe na dimensão do equívoco, na medida em que organiza um movimento que é instalado pela falta, necessário ter em conta que toda a troca de saber – e o processo penal judicial não deixa de sê-lo – não é fechada, é aberta e traz uma exclusão, implicando que haverá questões que não poderão ser respondidas. Pôr-se na posição de *ao-menos-um*⁴²², ou seja, daquele que escapa ao sistema, excluído, não

*entre si, falando. E vocês têm uma impressão esquisita. De onde vem esta impressão? Vocês tem a impressão de que elas riem de vocês, e até mesmo a impressão de que elas falam entre si, mas olhando para vocês. (...) Tomemos outro exemplo (...). Eu encontro aquela ou aquele que eu sei que é o meu amor, não é qualquer amor, meu verdadeiro amor! Tenho muita sorte. Enfim eu o encontrei! É o amor com que eu sempre sonhei, que eu sempre esperei. E eis aí! É ele! É isso! É isso e ninguém mais. E se esse amor não aceita compreender que ele é meu, que é meu verdadeiro amor, que ele não tem o direito de se recusar, eu me coloco a persegui-lo e eu sou perseguido por ele e, como sabem, esse tipo de situação pode até levar ao crime” (MELMAN, Charles. *Como alguém se torna paranóico?* De Schreber a nossos dias. Tradução Telma Queiroz. Porto Alegre: CMC, 2008, pp. 15-17).*

⁴²⁰ Não há que perder: seja sublime quando se volta para a arte, a criação ou a mística, seja abjeto quando se entrega às pulsões assassinas, a perversão é uma parte de nós mesmos, uma parte de nossa humanidade, pois exhibe o que não cessamos de dissimular, quer dizer, a nossa própria negatividade. Aquilo que Roudinesco acabou por denominar *a parte obscura de nós mesmos*. E ao se tentar dar cabo a esta perversão – suprimir o mal, o conflito, o destino, a desmedida, em prol de um ideal de gestão tranquila da vida orgânica –, tal como na atualidade, pelas novas utopias aplicadas aos discursos das sociedades democráticas globalizadas, ditas pós-modernas, cabe perguntar: “*por outro lado, não haveria o risco de um projeto desse tipo ser capaz de fazer ressurgir, no seio da sociedade, novas formas de perversões, novos discursos perversos? Não seria ele capaz, em suma, de transformar a própria sociedade numa sociedade perversa?*” (ROUDINESCO, Elisabeth. *A parte obscura de nós mesmos*: Uma história dos perversos. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 164).

⁴²¹ MELMAN, Charles. *Como alguém se torna paranóico?*, 2008, p. 126.

⁴²² LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 3 (as psicoses, 1955-1956), pp. 229-240.

castrado simbolicamente, a mensagem que vem por ocupar este lugar é aquela do saber absoluto. O problema paranoico está presente ao vir constituir-se nesse lugar de exclusão, local único, ninguém como ele e ninguém como *Outro*. Uma posição de exclusão lança o sujeito numa situação de estilo paranoico. Poderíamos apreender que esse lugar do *Outro* é o de um poder absoluto. A aderência ao significante *Um* (S1), de sua estrutura, como se disse, assim o é exatamente por esta razão: o S1 tem a autoridade do *Real*, daquilo que falta saber.⁴²³ Será contra os furores dos automatismos mentais parasitados no dilema paranoico, das mais variadas espécies, encontradas ou não nos alvedrios e escaninhos dos protagonismos judiciais, que caberá se perquirir. À frente da cena, com os poderes que lhe exigem o seu meio de saber completo, se lhe fosse possível pôr-se em questão, diria: por que não se dotar da promiscuidade ao ignorar funções já que sou *Um*? Senão porque acredita que tudo lhe é permitido. Isso parece normal. É seu direito, e surpreende qualquer censura ao seu comportamento. Tentação sobre-humana, sobrecarga psicológica que o processo penal consegue bem identificar.

O jogo do inconsciente, conforme vimos em Lacan, a rigor, tem seu suporte material na *letra*, manifesta-se pela queda de uma *letra*. Os *tropos* de *metáfora* e *metonímia* vieram nos auxiliar nisto. O jogo automático da linguagem implica essa *letra caída*, que constitui *causa* (queda em latim, *casus*, no francês, *cause*) daquilo que vem faltar à cadeia de significantes e, enfim, organiza o *desejo*: “(...) *o que está escondido nunca é outra coisa senão ‘aquilo que falta em seu lugar’ (...), É que só se pode dizer que algo falta em seu lugar, ‘à letra’, daquilo que pode mudar de lugar, isto é, do simbólico.*”⁴²⁴ *Objeto a: objeto causa do desejo*. Tentar tamponar o que para cada um de nós faz causa é permanecer paranoicamente como objeto repugnante para se tornar o *ao-menos-um fundador*.⁴²⁵

Entendendo que a esfera própria do direito diz respeito à dimensão da linguagem, da palavra, é a partir deste dado de *ex-posição* que se afirma a debilidade do próprio discurso (jurídico) compreendido desde seu trato próprio da arquitetura teatral (processo) da cena que rege cada discurso normativo: a noção simbólica de *representação*, posta no lugar fictício da noção de interdito. Antes mesmo é sobre este

⁴²³ “Então, o significante mestre é o que tira sua autoridade do que é excluído, desse ao-menos-um que ‘descompleta’ o sistema do saber para tentar apreendê-lo” (MELMAN, Charles. *Como alguém se torna paranóico?*, p. 38).

⁴²⁴ LACAN, Jacques. “O Seminário sobre ‘A carta roubada’”. In: *Escritos*, p. 28.

⁴²⁵ MELMAN, Charles. *Como alguém se torna paranóico?*, p. 59.

espaço terceiro simbólico que se funda o *ser limitado do homem*, daí a gênese da representação. Não é demais referir a explicação de Legendre:

“(…) *lo que falta a los humanos es el todo, lo perfecto, la omnipotencia, lo absoluto. La humanidad se reproduce poniendo en práctica, mediante las instituciones, esta referencia fundadora que, como hemos visto, es una referencia lógica. La indicación elemental de la división está ahí: cualquier sociedad se da los medios de construir la separación a partir de la cual puede ubicarse el espacio de un absoluto. Las sociedades religiosas o laicas disponen el espacio ‘divinizado’ (...) en el que se representan, teatralmente, apuestas simbólicas encargadas de representar la garantía, es decir, de imponer la Razón, de hacerla de algún modo tangible. En otras palabras, la instancia tercera, (...) es una instancia de poder. Vayamos más lejos: es ‘la instancia del poder en estado puro’, la instancia del poder vacía de contenido.*”⁴²⁶

Seria de se repreender sobre o irônico questionamento, quando vislumbramos a atuação inquisitória do magistrado, do triunfo de um *sujeito-Rei*, aquele fundador de si mesmo. A divisa narcísica, senão cômica, do totalitarismo «*I, Me and Myself*» bem representa esta figura. Qualquer divisão, tríade dialética aqui bem visível no processo, é suprimida em favor do apagamento, porque desnecessário, deste quadro de distanciamento do absoluto, não por outro motivo, porque não há espaço para *parcialidades*. Longe estará de atentar à posição exata que deveria representar na *montagem estatal*, de precisamente *garantidor da diferenciação normativa* necessária para que não se encerre o discurso, o espaço da própria linguagem: “*séparer de sa propre image d’être tout.*”⁴²⁷ A postura autoritária em questão diz respeito a ser cúmplice da destituição das instâncias mediadores que asseguram a distância entre o sujeito e a *Referência* última, raiz de todos os totalitarismos. Quando não suporta o *liame* que o separa da *parte* – aqui não somente no próprio sentido processual, mas por aquilo que ela representa literalmente muito além disso – e encerra um discurso de promoção de um narcisismo (sempre investido socialmente), o que se avizinha é a burocratização do intérprete e, em última medida, a desintegração jurídica.

Levar em conta o *écart* da representação e não se confundir com tal. Não sem razão o magistrado não pode ser pensado sobre a égide de um *terceiro*, ao menos no sentido de uma *antropologia dogmática*, querendo significar uma *instância terceira*, *outra*, exatamente o local com que não deve se identificar, senão paranoicamente. Este platô de *puro poder*, vazio de conteúdo como descrito, é, a rigor, aquele que torna

⁴²⁶ LEGENDRE, Pierre. *El Inestimable Objeto de la Transmisión*, pp. 37-38.

⁴²⁷ LEGENDRE, Pierre. *Les Enfants du Texte*, pp. 50-51 e 191.

dispensável a adesão a este *absoluto*. O exercício e as tentações passam em não se tornar idem a esta posição de puro poder. Nisto passará, em algum momento, o *fundamento do poder*, por isso alguma genealogia preocupada em requisitar o exame destes pontos sensíveis, como da atuação judicial, deve passar pela questão do *poder puro*, sobre a categoria do *absoluto* do poder e seus investimentos sociais. É a própria construção teatral de uma *instância terceira*, via processo (rito), que, segundo o autor, produz “*le garant de l’être de l’homme ou fondement de Raison*”⁴²⁸, ao final das contas, garante a distância institucionalizada do *Terceiro*, portanto, a divisão, a cisão que funda a própria relação *sujeito-palavra*. Qualquer pensamento que se preceda de algum tom *garantista* não pode olvidar que qualquer *garantia* é indissociável do princípio de *divisão*, fórmula que alude à lógica dos lugares em jogo, fundamentalmente sobre aquele lugar que se evita, pois sabe de si absolutamente.⁴²⁹

O estatuto do discurso do juiz passa por uma base interpretativa estruturalmente instituída. Não aconselhável que tome o posto de *Referência* última, mas de liame, alheio às funções *Outras*, árbitro, no processo, propriamente da relação das partes com *Ela*, na vocação de fazer obstáculo aos (seus) delírios de *Poder*.

Seria interessante, ao final, investirmos, principalmente quando falamos de processo penal e pormenorizadamente de juízes diante de um réu *outro* estranho, na

⁴²⁸ “*La jurisprudence Schreber, énoncée au début du siècle par la cour d’appel de Dresde en des termes remarquablement nets, illustre un point très important de l’évolution: la généralisation de l’expertise scientifique de la folie, entraînant la technicisation de sa notion. Déjà sensible à une époque qui tentait d’absorber dans sa dogmatique (en l’occurrence au niveau judiciaire) les transformations du questionnement sur l’homme et le monde, le phénomène a pris d’immenses proportions, en rapport avec la parcellisation de l’homme désormais’. D’où cette interrogation: ‘qui’, dans la culture d’Occident, ‘juge de la folie?’*” (LEGENDRE, Pierre. *La 901 Conclusion*, pp. 148 e 152).

⁴²⁹ “*Envisagé comme montage de l’Interdit, l’État Père des lois ou État de justice – version sécularisée du montage romano-canonique, n’oublions jamais cette frappe – situe la place du juge comme relevant de ce qui est public (ritualité + fonction). A ce titre et selon le mécanisme de la supposition ou de l’axiome fondateurs des effets normatifs, la ‘cheville’ qu’est le juge fait tenir le montage. D’une part, il est l’instance qui juge les cas, instante déléguée pour instituer, au moyen de la science du discours juste, le principe de Raison; d’autre part, par le travail casuistique, son discours d’interprète fait retour au lieu de la Référence, il justifie celle-ci d’être un discours qui porte à conséquence, d’être précisément le discours fondateur du casuiste. Ce trafic du juge avec le lieu souverain est essentiel à l’économie de l’Interdit. Sans le juge, la Référence serait un discours vide. Autrement dit, en faisant tenir le montage la cheville donne consistance au pouvoir de la Référence. On aperçoit la signification du mécanisme: l’interprète est porteur de la limite parce qu’il est selon le rite et la fonction assujéti à la Référence, en même temps que la Référence noticie la limite dans la dépendance de ses interprètes. Ainsi, ‘de par sa place’, le juge nous apparaît payant la dette de la limite, et c’est à ce titre qu’il tient le discours juste.*” (LEGENDRE, Pierre. *Les Enfants du Texte*, p. 387).

direção de um modo diverso daquele no qual o acusado é visto como mera representação de uma *fronteira* a mim, que por si mesmo me separa daquilo que me é estrangeiro, para que, doutra forma, possa este quadro não ser apenas potencializador de paranoia. Para tanto, segundo Melman, seria preciso que a *fronteira* não funcionasse apenas como um limite paranoigênico, mas que fizesse apenas a separação como espaço outro, seria preciso que a fronteira tivesse uma estrutura moebiana, “*quer dizer que o que está além do muro não é o estrangeiro, mas é o Outro. (...) mas o Outro, embora esteja fora, é também o que está em mim.*”⁴³⁰. Seria um convite, mais do que necessário a fundar uma relação com o *Outro* que não necessitasse de um agente policial, um general ou mesmo de um juiz-inquisidor para se fazer respeitar. Isto permite avançar para a noção de *exterior* preconizada por Agamben, ao dizer que ela significa em muitas línguas “à porta”, “na soleira”. “*O ser dentro de um exterior*” – neste sentido, ele não é uma outra coisa com relação ao *limite*, mas, por assim dizer, é sua própria experiência: “*o ‘exterior’ não é um outro espaço situado para além de um espaço determinado, mas é a passagem, a exterioridade que lhe dá acesso – numa palavra: o seu rosto, o seu ‘eidos’*”⁴³¹. Lá um *outro ek-stasis* da *Alteridade* nos aguarda.

Instante crítico será o momento de (o juiz ou qualquer um) não deixar aberta a porta que permite a distância e a manutenção da posição de *reparto*, não apenas com relação às partes envolvidas num processo, mas quanto ao local absoluto, onde não há espaço para o contraditório. Acreditar poder fechar a *falta* que encerra exatamente a possibilidade de circular o significante. Ponto este fixo, do pensamento parado, onde os outros se tornam simples coisas ameaçadoras para si e os demais. Sem nenhum tom jocoso, senão com a simplicidade que nos obriga a escrever: *que circule o significante e não o juiz.*

⁴³⁰ MELMAN, Charles. *Como alguém se torna paranóico?*, pp. 67-68.

⁴³¹ AGAMBEN, Giorgio. *A comunidade que vem*. Tradução de António Guerreiro. Lisboa: Presença, 1993, p. 54.

PARTE II:
PENA E CULTURA PUNITIVA

Capítulo 3.

FRONTEIRAS DISCURSIVAS E POLÍTICO-CRIMINAIS SOBRE A PENA

“É preciso mesmo admitir algo ainda mais grave: que, do mais alto ponto de vista biológico, os estados de direito não podem senão ser estados de exceção, enquanto restrições parciais da vontade de vida que visa o poder, a cujos fins gerais se subordinam enquanto meios particulares: a saber, como meios para criar maiores unidades de poder.”
(*Genealogia da Moral* – **Friedrich Nietzsche**)

Num primeiro momento, cabe aclarar a ausência de fundamentação racional sustentável para a aplicação de dor, mediante a pena, pelos discursos jurídico-penais. Para tanto, evitando maiores repetições e retomadas imperscrutáveis, de utilidade duvidosa, opta-se por saltar adiante, agora tendo como base não uma retomada histórica das inumeráveis teorias de fundamentação ou justificação da pena que acabam perdendo a linha forte de questionar o que é cabível dentro de um panorama democrático, mas a escolha vai ao encontro exatamente do nó crítico aduzido pela teoria garantista (vertente crítica contemporânea), com seu aporte teórico vanguardista na minimização do poder punitivo. Será assim examinado se tal trajeto traduz apenas um movimento privilegiado para observar o contínuo estrutural da *defesa social* que perpassa o núcleo pulsante dos discursos inquisitoriais de diversas estirpes. Percebê-lo é salutar para que, no apartado seguinte, a cultura penal contemporânea – legitimada pelos atores a expansão da sua teia securitária e populista –, possa vir adequadamente à tona. Tendo-se esta base, no momento seguinte haverá de se delinear a formação inquisitória das agências punitivas e dos atores da cena político-criminal e jurídico-penal brasileira e ver de que forma ela pode ser inserida na cultura do *punitivismo*, fundamentalmente derivada de um quadro de *populismo penal* e emblema maior de um contemporâneo *desejo de punição*.

3.1 Olhar Inicial: do horizonte que se parte

Cabe-nos inicialmente delimitar os contornos para os quais o presente momento se presta. Tal parte tem por escopo, na dimensão que se propõe, trazer à tona, de

maneira crítica – pensamento apostro, pois, sobre a crise: local do critério⁴³² – alguns aspectos acerca de um horizonte (crítico) sobre a *pena* e a responsabilidade correlata do discurso jurídico neste contexto, exatamente para lançarmos mão de dispositivos que nos ajudem a interrogar o instante processual penal, imediatamente correlato a esta problemática, bem como a cultura punitiva que perpassa esta dinâmica.

O horizonte de expectativas que se desenha aqui dá por adquirida a imensa *crise de legitimidade do sistema penal*, mormente centrada na fundamentação da *pena*. A *seletividade*, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias são características estruturais, não apenas esporádicas de qualquer sistema penal. Nas palavras de Zaffaroni, primeiramente, premente a renúncia a qualquer modelo ideal em virtude da urgência em se colocar em marcha a redução da violência punitiva e, por outro lado, que nunca se perca de vista o viés brasileiro – de país que passou por um simulacro de modernidade – onde se revelam mais nitidamente as características estruturais do sistema penal.⁴³³

⁴³² Por certo, se quisermos apontar o sentido de *crise*, como assevera Souza, não podemos entendê-lo unicamente sob o viés banal de pura catástrofe. Facilmente perceptível que sua etimologia (do grego “kríno”) envia muito mais à ideia de decisão/tensão do que à de decadência irreparável, ou seja, olvidamo-nos de seu potencial positivo. Neste momento, “*cria-se um círculo vicioso: temos medo exatamente dos momentos e situações que nos permitem, pela correta interpretação dos fatos, a tomada de posição frente à realidade que impediria que outras crises como aquela emergissem. Ao percebermos apenas o lado “negativo” da crise, ‘fugimos das chances de superação de nossos medos e problemas da conscientização do sentido da crise’, porque, mal-entendendo, julgamos que estas chances sejam pura destrutividade.*” (SOUZA, Ricardo Timm de. *Sobre a construção do sentido – o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2003, pp. 28-30). Cf., profundamente, KOSELLECK, Reinhart. *Crítica y crisis: un estudio sobre la patogénesis do mundo burgués*. Traducción de Rafael de la Vega y Jorge Pérez de Tudela. Madrid: Trotta, 2007, pp. 241 ss.

⁴³³ Para Zaffaroni, estes dados amparam a construção de uma referência teórica sincrética, de permanente e aguda *crítica ideológica* do sistema penal e sua operatividade, que ele dá o nome de *realismo criminológico marginal* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 174). Diante de uma aproximação da criminologia desde a margem latino-americana será necessário expor as relações de poder e a ligação estreita das ditas periferias no panorama geral destas relações, o que implica enunciar como se gerou o poder nestas sociedades e de que maneira se integrou historicamente a sua população, bem como se instalaram as sucessivas formas de controle sobre elas. Sinteticamente, neste contexto, a criminologia passa a ser vista como “*el saber (conjunto de conocimientos) que nos permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos d enuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven, qué efectos provocan y cómo se los encubre en cuanto ello sea necesario o útil para proyectar alternativas a las soluciones punitivas o soluciones punitivas alternativas menos violentas que las existentes y más adecuadas al progreso social*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología: Aproximación desde un margen*.

Quer dizer, parte-se já de um horizonte crítico às tradicionais *teorias da pena*, em que se desloca o epicentro da discussão, sendo dispensável travar uma retomada histórica linear das diversas teorizações que procuraram legitimá-la por si só. Seu exame naturalmente emergirá em outro contexto, na medida em que formos abrindo caminho para a construção de um discurso condizente com a radical e possível contenção do poder punitivo. Assim, solicita-se que o trabalho seja visto, neste ponto, como um ‘topos’ privilegiado que acabe por servir de alavanca para encararmos a densa questão relativa à *pena*.

Tensionaremos o discurso crítico acerca da *pena*, primeiramente, desde o dito *paradigma garantista* descortinado por Ferrajoli desde os anos noventa como releitura do intento da ilustração, local privilegiado para se notar a reprodução de antigos nós problemáticos e para servir de projeção a anseios que permitam recolher uma postura mais condizente a salvaguardar politicamente o maior número de vidas possível da teia de reprodução violenta do Estado. Assim, para que, adiante dele, se possa verificar o nó teórico fundamental que recobre, nocivamente, em larga escala, as ditas fundamentações sobre o exercício de punir. Desta forma, contrapõe-se aos tradicionais discursos legitimadores da pena, em que o momento garantista aparece como versão amenizada, pretensamente mais afeita ao panorama democrático, linhas de fuga para um aporte *agnóstico* sobre a pena. Procura-se algum delineamento de seu escopo, desde as questões sobre as fronteiras entre a política e o direito penal. Diretamente, questões várias são provocadas pela análise do ponto escolhido. Pautamos algumas, de início, que nos servirão de grelha ao longo do percurso e que gradualmente serão substituídas por outras. A começar, antecipamos interrogações do tipo: se existe, qual será, a fundamentação/limitação da pena na construção *garantista* de *direito penal mínimo* – que parece alcançar algum lugar consolidado na fala jurídica (de local já sedizente crítico)? Sendo afirmativa a resposta, podemos dizer que se irmana a uma concepção *agnóstica da pena*? Assumindo que se tratam de concepções diversas, qual a sua diferenciação? Ademais, a partir daí, arriscamos trafegar em alguma espécie de entrecruzamento destas concepções (*garantismo* e *teoria agnóstica*), trazendo, além do possível contributo da própria *crítica materialista/dialética da pena criminal* em suas

Bogotá: Temis, 2003, p. 20; cf., na mesma senda, OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua Criminologia*. Tradução Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2004 e CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005).

aproximações com esta última, o funcionamento do *dispositivo* da pena e suas implicações no campo da política e das ciências criminais.⁴³⁴

3.2 Teoria Garantista da Pena: os (des)níveis do discurso

A preocupação, ao construir inicialmente o argumento, é superar certa imprecisão que algumas vezes faz com que, a partir de uma primeira vista apressada, sejam confundidos o modelo *garantista* da *pena* e um viés *agnóstico* sobre o tema⁴³⁵, este sobre o qual lastreamos o desenvolver do trabalho e que torna, de fato, o processo penal instrumento de permanente tensão no horizonte da maximização dos direitos fundamentais e não como mero meio de realização do direito penal material, ou seja, precisamente, da pena. Erro que ao final faz com que novamente o discurso da força estatal seja potencializado exatamente desde pontos que ambicionavam contê-lo. Desde já, forçoso afirmar: há que se negar, se quisermos ser rigorosos, de maneira peremptória, a compatibilização dos fundamentos de uma deslegitimação do poder de punir, inexistente, a rigor, no âmbito *garantista*, diferentemente dos motivos de uma *teoria agnóstica* da pena. Incisivamente: *teoria garantista* (no que tange à *pena* e sua justificação) e *teoria agnóstica* ou *negativa* da *pena* são modelos que não são condizentes e compagináveis.

Dos parâmetros de *direito penal mínimo* propostos por Ferrajoli, são aduzidos dois fins para a *pena* explicitamente colocados: o direito penal tem por função a *prevenção* dos delitos e das penas informais.⁴³⁶ Primeiramente, sem se descolar do

⁴³⁴ Cf. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*, pp. 125-141.

⁴³⁵ Discussão trazida, dentre outros, por MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal*, pp. 124-126.

⁴³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 331-334. Sobre o estatuto preliminar que Ferrajoli se apoia para fixar sua metateoria de justificação da *pena* é importante que se pautem a diferença entre dois níveis da questão “porque castigar”: (a) uma parte diz respeito à ideia sobre *porque existe a pena*, ou seja, por que se tem punido ao longo do tempo, outra dá-se entendo desde (b) o *por que deve existir a pena*. O que, num primeiro momento, parece um elemento sobre o qual se pode dar um salto, ou seja, uma argumentação muito contundente que permitiria a assunção de profundas críticas (abertura criminológica) para afastar a legitimidade da punição, frente aos modelos de discursos legitimantes do poder punitivo, veremos que não é totalmente assim. De fato, como assevera Ferrajoli, o que há é uma confusão quanto à *função/motivação jurídica* em que a pena atua (uso descritivo de tipo histórico-sociológico ou jurídico) e o seu *fim* (usos normativos de tipo axiológico). Enquanto podemos dizer que, naquele caso, há *teorias e explicações* (teorias descritivas) sobre a *pena*, neste, obtemos *doutrinas de justificação* (doutrinas normativas). O primeiro sentido (a) trata de um problema de caráter científico-empírico, formulado a partir de *assertivas* verificáveis ou refutáveis (verdadeiras ou falsas); o

modelo *utilitarista*⁴³⁷ beccariano-benthamiano da “máxima felicidade ao maior número de não desviantes” (atribuindo à *pena* o fim unicamente de prevenir delitos), o teórico italiano, todavia, critica tal modelo argumentando que este tentaria recair na adoção de meios penais maximamente fortes e ilimitadamente severos. Em outras palavras, tenderia a uma autolegitimação autoritária e seria, sobretudo, incapaz de proporcionar critérios de deslegitimação dos sistemas penais concretos.⁴³⁸ Para tal, avança e ultrapassa a orientação de um direito penal com o simples fim *ne peccetur*, para recorrer a um segundo parâmetro de utilidade – daí a máxima *utilitarista reformada* de viés garantista: “máximo bem-estar possíveis aos não desviantes, agregado ao mínimo mal-estar necessário aos desviantes”.⁴³⁹

Desta forma, como *limite mínimo* para alcançar tal intento – não vamos esquecer, importante, que o projeto garantista representa muito mais uma ideia de política criminal (diríamos de *democracia* em sentido lato) do que qualquer modelo novo no tocante à teoria da *pena* –, ressaltando que por si só é insuficiente (como faz o *utilitarismo* clássico, pois se poderia elevar ao infinito a *pena* para buscar desmesuradamente este fim), acolhe a *prevenção geral negativa* apenas como marco mínimo sobre o qual, do contrário, não seria realizável a sanção. Não seria *pena*, assevera Ferrajoli, na esteira de Hobbes, se o ato fosse carente de qualquer capacidade dissuasória. De outra parte, traz como *limite máximo* à *pena* que irá justificar/legitimar o modelo punitivo – como segundo e fundamental fim do direito penal – a minimização

segundo aspecto (b) diz respeito a um problema filosófico (ético-político), desde proposições *normativas justas ou injustas* (aceitáveis ou não). O que conhecemos como “teorias da pena” para Ferrajoli são, sob este viés, *doutrinas de justificação*, não obstante serem colocadas como *explicações*. Suma: há uma imbróglio entre *esquemas de explicação* (a) e *modelos de justificação* (b), porque, segundo o professor italiano, há uma confusão entre as esferas do *ser* e do *dever ser*, contradizendo o princípio metalógico da *Lei de Hume*: “según el cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 323). Diz mais: “mientras las teorías explicativas no pueden ser corroboradas ni desmentidas mediante argumentos normativos extraídos de opciones o juicios de valor, sino sólo mediante la observación y descripción de lo que de hecho sucede, las doctrinas normativas no pueden ser respaldadas ni refutadas con argumentos fácticos tomados de la observación, sino solo mediante su conformidad o disconformidad respecto a valores.” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 324).

⁴³⁷ Sobre a maneira de pensar que informa profundamente esta construção, cf. lição clássica de MILL, John Stuart. *El Utilitarismo*. 3ª ed. Buenos Aires: Aguilar, 1962.

⁴³⁸ Contra o desperdício da experiência, frise-se, adiantando-nos, que a ilusão de *prevenção geral negativa* faz as agências políticas elevarem tanto os patamares máximo e mínimo dos parâmetros penais – catapultadas, dentre outras forças, pelas agências de comunicação – impondo penas irracionais sobre pessoas tidas como encarnações do *mal social*.

⁴³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 331.

da reação violenta ao delito. Evitar outro *mal maior* que seria a resposta informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva não penal, da parte de forças sociais ou institucionais solidárias com o ofendido que a falta da *pena* poderia provocar.⁴⁴⁰

Assim, os dois interesses ou fins seriam colocados em discussão na dialética do processo penal contraditório através dos representantes das partes. Para a acusação, interessará firmar a *defesa social* (maximizar a prevenção e o castigo do delito) enquanto, para a defesa, preponderará o primordial peso sobre a maximização da prevenção das penas arbitrárias. Para sermos mais fidedignos, importa dizer que Ferrajoli dá mais valor significativo ao segundo elemento (*prevenção* das penas arbitrárias e desproporcionadas), em virtude mesmo da duvidosa idoneidade do direito penal, mesmo para ele, para alcançar a satisfação do primeiro critério (prevenção de delitos futuros).⁴⁴¹ Diz, para isso, que crê ser bastante mais segura a capacidade de satisfação do segundo critério. Sustentando que a *defesa social* sempre ocupou um lugar privilegiado no pensamento das autoridades públicas, acredita que, sobretudo, apenas tendo em conta a razão minimizadora da reação ilimitada ao delito, seja suficiente para fundamentar todo um modelo de *direito penal mínimo* e *garantista* por ele construído – SG.⁴⁴²

Esta técnica, então, preconiza reduzir o âmbito dúplice da violência na sociedade mediante a lei penal: prevenindo – mediante sua parte proibitiva – a força desencadeada por delitos (futuros) e – por intermédio da parte punitiva – evitar a força das vinganças e outras ações informais (presentes). A lei penal, desta maneira, presentificaria a proteção

⁴⁴⁰ Em síntese: “*Pretendo decir que la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella y se la impone sólo ‘ne peccetur’, sino también ‘ne punietur’; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas.*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 332).

⁴⁴¹ Ressalte-se que, em vários momentos, o autor aduz a falta de segurança para se auferir a realização deste desiderato. Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 258-262; 330; 332 e 334. Não obstante, produto algum retira disto, como salienta Nelken: “*Ci sono passi in cui sembra che Ferrajoli sia, in parte, consapevole di questa problematica, anche se non la chiama con il suo nome. Nel discutere la finalità della deterrenza, per esempio, si dichiara scettico sulla possibilità di prevedere realisticamente gli effetti deterrenti delle diverse pene. In nota, cita diversi scritti che affrontano queste difficoltà; ma non ne trae nulla che somigli ad una discussione adeguata del perché queste rendano la deterrenza una finalità irrealistica della pena, né, sulla base di tali scritti, si oppone decisamente alla finalità della deterrenza.*” (NELKEN, David. “Le giustificazioni della pena ed i diritti dell’imputato”. In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, p. 290).

⁴⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 334.

do mais débil contra o mais forte, seja o ofendido ou o ameaçado pela vingança.⁴⁴³ Em resumo: a concepção *garantista* de Ferrajoli é uma posição claramente *positiva* da *pena*: ele *a vê*, sim, como *mal menor*,⁴⁴⁴ ou seja, enxerga-a como algo útil (um bem), na medida em que *nela* ancora a obtenção de uma adequada doutrina de justificação para, ao mesmo tempo, desenvolver (supostamente) mecanismos de vínculos e limites a *ela* mesma. Em outra sintaxe, legitima-a previamente para posteriormente limitá-la.

Claro que com este breve apanhado não conseguimos captar a complexidade e o desenvolvimento integral de sua doutrina da *pena*, entretanto o núcleo está aí conservado para aquilo que desejamos. Faz-se necessária agora a pontuação de algumas controvérsias, ainda que não seja propriamente o ponto nevrálgico da discussão. Como bem expõe Larrauri⁴⁴⁵, indo ao encontro prontamente do ponto central – para além da versão histórica de Ferrajoli carecer de certa consistência, no que concerne diretamente à preconizada *prevenção* de violências arbitrárias –, a pergunta que se coloca frontalmente (não que seja menos importante a problemática relativa à tese da superação com o direito penal de pretéritas “vinganças de sangue”⁴⁴⁶): não seria mais adequado, de

⁴⁴³ Por isso, falará Ferrajoli, com acerto, da *ley del más débil* (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías – La Ley de Más Débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al.. Madrid: Trota, 1999), única justificação dentro de um paradigma de *direito penal mínimo*, em contraposição à lei do mais forte que vigora na sua ausência: privilegia-se, “*no dunque, genericamente, la difesa sociale, bensì la difesa del più debole, che nel momento del reato è la parte offesa, nel momento del processo è l'imputato e in quello dell'esecuzione penale è il reo.*” (FERRAJOLI, Luigi. “La Pena in una Società Democrática”. In: *Questione Giustizia* (3-4). Anno XV. Milano: FrancoAngeli, 1996, p. 529).

⁴⁴⁴ “*Aun siendo un mal, sin embargo, la pena es con todo justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (y sólo si) el condenado obtiene de ella el bien de que le sustrae a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados.*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 327 e 336-337).

⁴⁴⁵ LARRAURI, Elena. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”. In: *Revista de Estudios Criminales*. Ano IV – Nº 20. Porto Alegre: Notadez, 2005, p. 22.

⁴⁴⁶ Na ausência de pena pública, diz Ferrajoli, produzir-se-ia uma “vingança de sangue” como resposta privada mais violenta; e que, de toda forma, a história do direito penal se traduziria numa longa luta contra a vingança (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 333 e 487). Sumariamente, irá contrapor a professora espanhola (LARRAURI, Elena. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, p. 19) que o modelo anterior de reação “privada” apenas assim o era, pois reconhecia um poder de disposição da vítima no conflito, ou ainda, pela característica do *poder punitivo* ser dotado de dispersão num conjunto de poderes (igreja, senhores feudais, comunidade, família etc.); o que, todavia, não elidia a intervenção e aprovação de uma autoridade pública no processo. Alhures, demasiado superficial seria equiparar as respostas “privadas” com as “vinganças de sangue”, ignorando outras possibilidades de acerto do delito (compensação, cárcere, intervenção de terceiro ou mesmo evitar o processo). Por fim, convém colocar, na esteira da professora espanhola, que a premissa de que o trânsito da “vingança privada” para a “pena pública” acarretou uma diminuição da violência é demasiado forçado de aceitarmos, simplesmente por ser difícil de se encontrar um critério de contabilização e, sobretudo, por estarmos comparando diferentes épocas históricas e suas

fato, encarar o problema das vinganças “extrapenais”, diretamente, do que, por conseguinte, pressupor a necessidade da *pena* para afastá-las? De outra forma: um aspecto é argumentar a necessidade de evitar respostas descontroladas (o surgimento de vinganças), outra é pensar que para opô-las/freíá-las devemos impor uma *pena*. Mais grave ainda, contudo, é estarmos, desde já, sob o viés *garantista*, pressupondo que está demonstrado que o direito penal evita, com efeito, o surgimento de vinganças privadas.

Tentando aclarar este ponto, afirma Ferrajoli, noutra local, respondendo à crítica de Nelken, que sua preocupação, para além da *prevenção* de punições arbitrárias ou informais em sentido amplo, diz respeito, acima de tudo, às reações de tipo policial ilimitado das forças estatais, caso o direito penal não existisse: “*che il secondo scopo giustificante della pena è la prevenzione di punizioni ‘arbitrarie’ e ‘informali’, come per esempio la vendetta, ma come anche, e direi soprattutto, le reazioni di tipo polizialesco e virtualmente illimitato che sarebbero poste in essere da forze e da autorità statali ove il diritto penale non esistesse.*”⁴⁴⁷

Continuamos na mesma balada. Talvez a vertigem do professor esteja no tamanho peso argumentativo, ou confiança (quicá estratégia compaginável ao universo jurídico?) dada à ciência penal como meio capaz de evitar tais consequências. Mesmo

respostas mais ou menos brutais. Sobre a questão de se interrogar se haveria uma redução nos níveis de sofrimento ao longo da história das penas, afirma Christie: “*each form would have to be evaluated according to its own time, by those receiving the pain, in the framework of their usual life and other people’s usual life, and in the light of what they saw as their sins. I do not see how a scale could be established*” (CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*. Oxford: Martin Robertson, 1982, p. 9). O que, sim, se pode ter é que a constituição de um modelo punitivo centralizado pouco teve a ver com o interesse de pacificar a vítima, mas sim com o favorecimento da concentração do poder punitivo nas mãos do nascente Estado moderno. Como traz a tese forte de Foucault, aduzindo que houve, sim, acima de qualquer outra variável, no XVIII, uma reorganização da *economia da punição* (respeitosa e eufemisticamente denominada de “humanização das penas”), ou seja, um interesse em “punir melhor”, mais atento às modificações do corpo social. O objetivo, nesta altura, pouco ou nada passou por fundar um novo “direito de punir” mais equitativo, mas por estabelecer uma nova arte de castigar, melhor distribuída, fazendo com que não se concentrasse demasiadamente em pontos privilegiados, nem fosse partilhada entre instâncias. Dirá: “*deslocar o objetivo e mudar sua escala. Definir novas técnicas para atingir um alvo que agora é mais ténue mas também mais largamente difuso no corpo social. Encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e cujos efeitos adaptar. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir o custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal do século XVIII*”. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 76).

⁴⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*”. In: *Le Ragioni del Garantismo*: Discutendo con Luigi Ferrajoli. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, p. 489.

cedendo nosso argumento neste plano, comunguemos ampliando ainda as colocações de Larrauri.⁴⁴⁸ O que não acomete o sistema *garantista* é o dar-se conta da não necessidade de assunção de todo um modelo punitivo (centrado em infligir dor e sofrimento ao ser humano⁴⁴⁹) para submeter o estado a limites garantidos normativamente. É frente a isto, como veremos adiante, que se abre a postura *agnóstica* da *pena* preocupada direcionadamente em buscar (alguns) contornos limitadores ao poder punitivo, dispondo alguns elementos ao discurso (localizado) do ator jurídico-penal.

Retomemos vez mais para pontuar. Mesmo Ferrajoli destituindo, nalguma parte, a *prevenção geral negativa* (Beccaria-Feuerbach⁴⁵⁰) de força absoluta e questionando sua idoneidade, não a nega como fundamental suporte da *pena*, não obstante, em seu desfavor, os fatos argumentos elencados em toda a história dos estudos criminológicos, ao menos desde aqueles acerca dos processos de criminalização apontados pelo *paradigma da reação social*.⁴⁵¹ Ainda que não seja o caso exauri-las, algumas ideias se impõem, neste contexto, para se avistar minimamente as fragilidades dos critérios *garantistas* de justificação da *pena*.⁴⁵²

⁴⁴⁸ LARRAURI, Elena. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, p. 23.

⁴⁴⁹ O argumento é tão simples quanto direto: “*imposing punishment within the institution of law means the inflicting of pain, intended as pain. This is an activity which often comes in dissonance to esteemed values such as kindness and forgiveness. To reconcile these incompatibilities, attempts are sometimes made to hide the basic character of punishment. In cases where hiding is not possible, all sorts of reasons for intentional infliction of pain are given.*” Criar, enfim, severamente restrições ao uso dor como meio de controle social. (CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*, p. 5).

⁴⁵⁰ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*, pp. 87-92 e pp. 150-157.

⁴⁵¹ De larga bibliografia, entre outros, TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock. *La Nueva Criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Traducción Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu, 1977, pp. 156 ss.; LARRAURI, Elena. *La Herencia de La Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991, pp. 101 ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*, pp. 222 ss..

⁴⁵² Não haveria razão para o trabalho, muito menos dado o recorte proposto, pautar a discussão sobre as funções atribuídas à pena e suas infundáveis críticas, assunto tão amplamente estudado desde sempre pelas histórias das ideias penais. Apenas circunscrevemos a abordagem a algumas contraposições das possíveis implicações da adoção dos parâmetros *garantistas* de justificação do poder de punir, visto que já posta em local privilegiado atenta ao modelo constitucional de democracia substancial. Para maior aprofundamento sobre as ditas teorias da pena, facilmente encontrada em qualquer doutrina acerca dos fundamentos de direito penal, destaque para CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Volume I. Rempressão. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 39-76; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo I. Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 41-82; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General I*. Buenos Aires: Ediar, 1998, pp. 23-122; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2006, pp. 451-488; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal –*

Indubitavelmente, a dita função intimidatória/dissuasória da *pena* tem como ponto de arranque uma concepção mecânico-racional do humano, como um ente que permanentemente funcionaria sob a égide do “custo-benefício”, por conseguinte, mentirosa. Entretanto, sabemos, pois apontam largamente os estudos sobre a *realidade social*, como fazem Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia,⁴⁵³ que tal discurso esquece da regra *seletiva* da estrutura punitiva, o que leva o argumento dissuasório a recair sobre pessoas vulneráveis à criminalização. Se fosse o caso de mesmo assim atuar, ainda assim pesaria sobre aquelas ditas “obras toscas”. Desta forma, nem mesmo funcionaria como exemplaridade, mas, ao contrário, como efeito propulsor do delito ao estabelecer um maior nível de elaboração delituosa como condição de “sobrevivência” para o delinquente. Doutra parte, passa por cima de circunstâncias elementares (v.g., ações fanáticas, motivações por ganhos consideráveis, sendo elas ideológicas ou mesmo patológicas, casos cometidos por invulneráveis etc.), situações em que há pouca propensão à reflexão sobre alguma ameaça penal – sem esquecer que desdenha todo um universo de pulsões que compõe o (in)consciente humano. Indiscutível, todavia, que a comprovação empírica é extremamente complicada de ser feita, para não dizer excepcional de ser comprovada⁴⁵⁴ – a não ser, é claro, em estados de terror e pânico generalizados com penas cruéis e indeterminadas. Porque, para além de nem mesmo o protagonista ter condições de dizer o que indubitavelmente o “motivou” (já que alheio ao seu “controle” certo) a aceitação disso faz identificar o poder punitivo com a totalidade cultural, pois, se existe alguma *prevenção geral negativa* a ser vivenciada, essa ultrapassa, e muito, o sistema penal.⁴⁵⁵

No *plano político e teórico*,⁴⁵⁶ não é difícil entender que tal lógica levada ao extremo tem como destino final – visando de forma neurótica ao embuste do medo – a imposição da pena de morte para todo os delitos, numa atmosfera que privilegia

Parte Geral. 2º ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 315 ss. e CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, pp. 117-152.

⁴⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, 117-119.

⁴⁵⁴ Por todos: BARATTA, Alessandro. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. In: *Poder y Control*, Barcelona, n. 0, 1986, p. 85.

⁴⁵⁵ “(...) *la prevención general es la más perfecta de las ideologías porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir y, en consecuencia, siempre se puede recurrir a ella para legitimar el derecho penal.*” (LARRAURI, Elena. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, p. 29).

⁴⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp. 119-121.

soberanamente valores como *ordem e disciplina*. Simplista esquecer, obviamente, que o medo sempre depende da capacidade do indivíduo de ser atemorizado, deixando a *pena* de relacionar-se com o injusto praticado e passando a depender de fatos alheios a isso. Acima de tudo, para dizer o menos, visível a redução da pessoa humana a instrumento a serviço de fins estatais, rompendo com o *imperativo ético kantiano*⁴⁵⁷, que dita o homem como fim em si mesmo.

Aqui, note-se que tais críticas (grande parte de fundamento axiológico abolicionista, quadro teórico de extrema importância sensibilizadora⁴⁵⁸), mormente sobre o ponto de vista da realidade empírica, como assinalamos *en passant*, seriam facilmente contrapostas segundo a estrutura proposta por Ferrajoli, em virtude de estarmos, hipótese sustentada pelo professor, incorrendo numa *falácia naturalista* (derivação do *dever ser* a partir do *ser*), contrariando a *Lei de Hume*. Restauremos a análise, para após, novamente com o auxílio do aporte criminológico adequado, dar um passo mais. A base *garantista* ferrajoliana faz distinguir, com substrato no que já referimos, as *doutrinas de justificação* e as *justificações* em si mesmas. Aquelas como discursos normativos acerca dos fins justificadores da pena; estas iluminando, como aporte assertivo, a *correspondência ou não* entre os fins assumidos normativamente e as funções explicadas e reconhecidas.⁴⁵⁹ O problema pulsante que nos coloca a doutrina

⁴⁵⁷ O imperativo categórico para Kant seria aquele que representasse uma ação por si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária. Concebida assim a moral autonomamente, regida pela própria consciência. Dirá o texto da segunda das três críticas: “*Age de modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal*”, a qual, em realidade constitui, para o filósofo de Königsberg, a “*Lei Fundamental da Razão Pura Prática*” (KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005, p. 32). O mesmo já antecipava em 1785, três anos antes da segunda investigação: “*o imperativo categórico é portanto só um único, que é este: ‘Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal’*. (...) *Uma vez que a universalidade da lei, segundo a qual certos efeitos se produzem, constitui aquilo a que se chama propriamente ‘natureza’ no sentido mais lato da palavra (quanto à forma), quer dizer a realidade das coisas, enquanto é determinada por leis universais, o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se assim: ‘Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza’*” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 59). Sobre o criticismo penal, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*, pp. 143-162.

⁴⁵⁸ SCHEERER, Sebastian. “Hacia el abolicionismo”. In: *Abolicionismo*. SCHEERER, Sebastian (et. al.). Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 21.

⁴⁵⁹ A *falácia normativista* (derivação do *ser* a partir do *dever ser*), para Ferrajoli, por exemplo, existente quando são apostos tradicionalmente os discursos das ditas “teorias da pena”, como referimos, é bem vista no seguinte trecho: “*El defecto epistemológico que suele viciar las justificaciones de la pena sugeridas por las doctrinas de la justificación – y en particular por las doctrinas utilitaristas – es la confusión entre los dos niveles del discurso que acaban de ser*

garantista de fundamentação da *pena* está localizado no bloqueio que faz de dados da realidade cotidiana. Como dito, para que não caíssemos na *falácia naturalista* não poderíamos de forma alguma derivar de argumentos assertivos o rechaço de proposições prescritivas, ou seja, seriam inoponíveis críticas de que as penas, por exemplo, não previnem, não reeducam ou possuem uma função criminógena, para confrontar aos fins que indicam como justificação. Enfim, dados assertivos de nada valeriam para aduzir que a *pena* não alcança os fins que apregoa.⁴⁶⁰ Ferrajoli nisto descreve apenas uma exceção: “*hay uno solo caso en que resultan pertinentes: cuando argumentan no sólo la no realización, sino la irrealizabilidad empírica del fin indicado como justificador.*”⁴⁶¹ Por óbvio, astutamente, põe-se que a única barreira nesta seara é a proposição de um fim manifestamente *inalcançável*, quer dizer, *si comprobamos que el fin prescrito no puede materialmente ser realizado.*⁴⁶² Está aclarado o artifício para sustentar a *prevenção geral*, porque sempre se poderá alegar que, ainda que não aconteça em qualquer caso (ou seja, não há como impedir todos os delitos futuros), em alguma

*distinguidos. A causa de esta confusión las doctrinas normativas de justificación son casi siempre presentadas directamente como justificaciones. De ello resultan justificaciones apriorísticas: no de este o aquel ordenamiento penal o de esta o aquella de sus instituciones particulares, sino del derecho penal o de la pena en cuanto tales, o de la ‘idea’ de derecho penal o de pena. En este caso la violación de la ley de Hume se refiere no a la doctrina de justificación sino a la justificación misma. De la doctrina normativa, que señala un determinado fin como criterio de justificación de la pena o del derecho penal en general, se deduce en efecto que las penas o los ordenamientos penales concretos satisfacen de hecho ese fin y por consiguiente están justificados. El resultado es una ‘falacia normativista’ del todo idéntica a la de la confusión de los fines con las funciones en la que incurren las doctrinas ideológicas normativistas [como por exemplo as teorias jurídico-sociológicas de exigências sistêmicas]. Las justificaciones, en efecto, se obtienen ‘a posteriori’, sobre la base de la correspondencia comprobada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas.” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 325). Assim, em resumo, para não cairmos, segundo o autor, numa falácia (ideologia) normativista, não basta elegermos o fim de *prevenção* de delitos para que a pena seja justificada, mas deve haver a demonstração de que isto se cumpre. Questiona-se, em contraposição: mas como fazê-lo, se ele mesmo a coloca em xeque, como aludido, e assume a dificuldade de sua comprovação empírica? Como fazer a posteriori as investigações que determinam sua efetividade?*

⁴⁶⁰ Importante que Larrauri traz à tona a imposição de inversão no discurso garantista, mais especificamente atinente à maneira como Ferrajoli assume implicitamente a presunção de legitimidade na argumentação da pena: “*si el argumento es que del hecho de que la pena de prisión no previene no puede extraerse la consecuencia de que no este justificada pues ‘bien aplicada’ podría tener efectos preventivos, debieran especificarse cuales son los requisitos necesarios para que este ‘bien aplicada’.* Si el argumento fuera el de que la prisión no previene no puede extraerse la conclusión de que ninguna pena previene, debiera especificarse qué penas concretas aparecen justificadas de acuerdo a los principios de eficacia (en la prevención) y necesidad (por ser las menos lesivas) y cuáles no.” (LARRAURI, Elena. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, p. 33).

⁴⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 326.

⁴⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 326.

circunstância poderá ocorrer. Mais: resta justificada a *prevenção geral*, pois se fosse “bem aplicada” (dirá um adepto da punição) poderia surtir tais efeitos.

Escreve Larrauri, chegando ao ponto certo: “*no acabo de entender como podré saber cuando me encuentro frente a un objetivo nunca realizado o frente a uno irrealizable. (...)¿ cómo podríamos rebatir a quien nos cuestionase que ello es debido a que no se aplica suficiente? (...) siempre se podría concluir que, en efecto, la pena de prisión no previene pero podría prevenir, si fuese más aplicada o de mayor duración*”.⁴⁶³ Em apertado resumo, a doutrina *garantista*, no que toca à *pena*, não raro traveste um problema valorativo (ideológico) de assunção do paradigma de *prevenção* sobre uma máscara de impedimento empírico (problema fático). Paradoxalmente, está inclinada para a minimização das penas privativas de liberdade, entretanto, parece não estar disposta a elaborar uma conceituação de *pena* alheia a isso. A discussão com certeza seria ultrapassada e colocada noutra nível se abandonássemos as perguntas acerca de “a pena previne ou nunca poderá prevenir” e déssemos um salto na direção de pautar a questão: se se trata do *meio* que comporta o menor sofrimento dentre outros meios alternativos de suposta “prevenção”.⁴⁶⁴

3.3 Para um Discurso Jurídico-libertário acerca da Pena: teoria agnóstica, o alheamento da defesa social e sua razão de Estado

Por cima de alguma obscuridade teórica, importa decantar que a preconização da *pena* no *garantismo* de Ferrajoli, como mecanismo de *prevenção* de violências (*utilitarismo reformado*), não foge do discurso tradicional/oficial sobre a teoria jurídica da *pena* – isto importa pautar e justifica nosso despiste em não mergulhar no exame exaustivo sobre o tema. No viés estrito, nada comunga para um horizonte de projeção calcado numa teoria *agnóstica/negativa* da *pena*. Aqui, neste tom, acreditamos poder potencializar o paradigma garantidor, no sentido de dar ênfase aos eixos do discurso penal que possibilitem (certa) limitação do poder punitivo. A potência do pensamento *garantista* poderia daí sim ser extraída com maior fulgor. Estaria privilegiada, na medida em que coerentemente se assumiria, por completo, o núcleo desta postura,

⁴⁶³ LARRAURI, Elena. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, pp. 33-34.

⁴⁶⁴ LARRAURI, Elena. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, p. 15.

relativa, como bem identifica Gianformaggio, à presunção de irregularidade dos atos de poder.⁴⁶⁵

Vejamos como isto pode ser sustentado. É um bom indicativo partir do enfoque de Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia quanto à função jurídico-política do direito penal e, por desdobração, do ator jurídico. Desde um limiar claramente foucaultiano, o direito penal pode ser analisado enquanto um *saber* (pressupondo logo *poder*⁴⁶⁶) que não deve ser confundido com a mera legislação nem mesmo com o próprio poder punitivo, mas, sim, como designação do discurso dos juristas.⁴⁶⁷ Ramo do saber jurídico, este, que deve formar um sistema com a mais óbvia função de contenção/redução do puro impulso punitivo conduzido pelas demais *agências* (empregado o termo no sentido amplo de *entes ativos*, sejam executivos ou políticos). De outro modo, acompanhando os autores, estaríamos degradando o próprio Estado de direito. Para isso, desde

⁴⁶⁵ A tentativa do arcabouço *garantista* é superar a aporia do pensamento normativista do estado legislativo, bem representada aqui por Carl Schmitt em seu *conceito do político* (Cf. o prefácio de 1963 apostado ao texto de 1932 em SCHMITT, Carl. *Concepto de lo político*. Traducido por Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cía., 2006, pp. 17-30), atacado por Letizia Gianformaggio: “*il succo che è dentro la bottiglia del garantismo (...) è il tentativo di superare quella aporia, quella antinomia esistente nel pensiero giuridico normativista, o nella concezione dello stato legislativo, consistente nella (...) presunzione di regolarità degli atti compiuti dal potere, presunzione che è stata chiamata ‘il premio superlegale al possesso legale del potere legale’.*” (GIANFORMAGGIO, Letizia. “Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere”. In: *Le Ragioni del Garantismo*: Discutendo con Luigi Ferrajoli. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, p. 28. Para o conceito de *político* segundo Carl Schmitt e suas implicações no atual pensamento democrático, ver HINKELAMMERT, Franz. *Democracia & Totalitarismo*. Santiago: Amerinda Ediciones, 1987, pp. 113-131.

⁴⁶⁶ Temos que admitir que o *poder* e *saber* estão reciprocamente vinculados, dirá incessantemente Foucault. *Poder* e *saber* estão intimamente implicados, não havendo relação de *poder* sem a correlata construção de um campo de *saber*; nem *saber* que não constitua ou suponha, ao mesmo tempo, relações de *poder*. Estas próprias relações, em consequência disto, não admitem que sejam analisadas desde um sujeito de conhecimento livre do sistema de *poder*. Assim, não seria a atividade do sujeito que produziria um *saber*, útil ou arredo ao *poder*, mas o próprio “*poder-saber*”, os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento. Para um exame deste eixo que perpassa toda a obra do autor, por todos os momentos, FOUCAULT, Michel. “*Poder e Saber*”. In: *Estratégias, poder-saber*. Coleção Ditos e Escritos IV. FOUCAULT, Michel. Organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, pp. 223-240.

⁴⁶⁷ Para tanto, ao preço de algum reducionismo, mas que auxilia a compreensão, pode-se dizer que o *direito penal* (como ciência) é obra dos juristas (penalistas), o *exercício real do poder punitivo* é obra das agências executivas do Estado e a *legislação penal* é produzida pelos órgãos políticos competentes. O *direito penal* (saber dos juristas) não está destinado ao exercício do poder punitivo praticado pelas agências executivas do Estado, mas para a programação de sua contenção. *O direito penal deve estar destinado à contenção jurídica do poder punitivo do Estado* – algo que apenas se justificaria na medida do seu *poder de punir menos*. Cf. o nosso AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal*, pp. 117-142.

Merkl,⁴⁶⁸ têm-se dois parâmetros ideais: “Estado de direito” *versus* “Estado de polícia”, ambos conservados nos Estados históricos (reais), onde aquele funciona (na medida em

⁴⁶⁸ Para conceituar estritamente o que seja *administración*, Merkl aparta-a da atividade legislativa juntamente com a atividade judicial, exatamente para não confundi-la. Assim, toda aquela atividade do Estado para alcançar seus fins, aquilo do que o Estado se ocupa, fora a legislação e a justiça, é *administración* em sentido estrito, entretanto plenamente condicionada pelos outros dois vértices. Quanto às diferenças qualitativas entre a esfera judicial e a administrativa, brevemente, estas passam, para ele, por ser a justiça realização da ordem jurídica e a administração como realização do interesse público; o direito como um fim em si da justiça, e meio para os fins da administração; a justiça como Estado que “ordena” e a administração como Estado que “atua”; a justiça como aplicação da ordem jurídica, a administração como atividade livre dentro dos limites do ordenamento legal; a justiça como campo de vinculação legal, a administração como campo do arbítrio ou da liberdade discricionária; enfim, a justiça como “jurisdição” e a administração como “assistência”. Previamente ao que nos interessa, mas já dentro da relação de tipos históricos fundamentais de administração – melhor dizendo, sobre as relações que se podem construir entre a *administración* com a *legislación* e a *justicia*, que proporcionarão, segundo autor, os critérios para os tipos de administração – existe a oposição entre *Estado judicial* e *Estado administrativo*. Neste o Estado concede à administração um espaço relativamente grande e uma situação preponderante; tipo de Estado, suma, em que a administração sai realmente favorecida pela sua equiparação ou preferência à justiça. Aquele, por sua vez, caracteriza-se pelo favorecimento da justiça na distribuição das competências estatais, em que a grande amplitude dos meios judiciais de controle administrativo é a sua marca; preferência da competência judicial à determinação dos atos de autoridade. Por certo, a realidade nos mostra a concorrência de ambas as espécies de modo impuro, preponderando algumas delas nos diversos Estados historicamente localizados, sopesando um ou outro elemento. Tais conceitos, pois, tem significado de *principios reguladores* da conformação jurídica, igualmente representada pela oposição entre dois outros tipos de administração, cuja diferença radica na relação que guarda a administração com o campo funcional que se destaca dela: *Estado de Policía* e *Estado de Derecho*. Dirá Merkl que “*el Estado policía se presenta como aquel Estado cuya ‘administración’ se halla ‘legalmente incondicionada’, mientras que el Estado de derecho ofrece una ‘administración condicionada legalmente’.*” (MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004, p. 89). Fundamental mérito de sua lição, neste ponto, é a de que, apesar de identificar a preponderância do *Estado de policía* na Europa ao menos até o século XIX e vislumbrar o *Estado de derecho* como seu sucedâneo temporal, alerta que há que se evitar, especialmente, a identificação destes dois tipos com as concretizações históricas que os determinaram, quer dizer, não confundir o *ideal Estado de policía* ou o *ideal Estado de Derecho* com suas diversas formatações históricas concretas: “*los elementos que constituyen, respectivamente, El estado de policía y el Estado de derecho, no pueden excluirse, sino que pueden coexistir, de forma que el Estado de policía histórico – por lo menos, en lo que respecta a la justicia – es compatible con el Estado de derecho, y el Estado de derecho incluye en ciertas ramas de la administración al Estado de policía.*” (MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 99). O caráter de um *Estado de Policía*, caso prototípico dos regimes de déspotas ilustrados até as monarquias mais frívolas e brutais – eis o absolutismo moderno europeu –, tendem a oscilar entre o *benéfico*, no sentido de se orientar ao fim do Estado em si (dito como ordem ou bem públicos), e o *calamitoso*, já que a autoridade no papel de benfeitora, converte o súdito em mero objeto de sua vontade. Mas os exemplos não devem se circunscrever às monarquias absolutas, pois não pode ser vinculado a nenhuma forma de Estado em específico, certo de que palpáveis nas democracias modernas, em especial na degeneração demagógica ou populista da democracia e a “*falsedad con que estos nuevos tipos ejercitan su régimen absolutista so pretexto de liberar a la sociedad del despotismo.*” (MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 91). Enfim, neste contexto, a administração

que não existem em estado puro) como uma barreira para “*represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive no seu interior.*”⁴⁶⁹ Numa posição assumidamente dialética, apenas há *Estados de direito* (que só se justificam) para conter, mais ou menos eficazmente, os *Estados de polícia* neles enclausurados.⁴⁷⁰

Na construção do horizonte de projeção da ciência penal e de seu desdobramento quanto à teoria da *pena*, fundamental fixar os significantes que aportam estas duas ideias. O *Estado de direito*, por natural, significa a submissão a um governo *per lege* e *sub lege*;⁴⁷¹ promovido por decisões de maioria, todavia que se legitima sumamente

vinculada a um *Estado de Polícia* pode ser caracterizada por descansar numa norma de competência que assinala um poder discricionário ilimitado, ou condicionada a um direito de tal classe que o cidadão não possa discuti-lo mediante o exercício de uma ação, sendo ele não impositivo ou inviolável, mas sim que, em cada caso, este direito cede ao interesse público. Contraposto a isto, estará o *Estado de direito*, enlaçado com o *Estado constitucional*, não que esta forma – novamente – exclua apresentar-se como *Estado de polícia*. Para além de seu correlato lógico característico, cabe frisar que tal significa – para o autor naturalmente preocupado em fixar o local de uma teoria geral do direito administrativo – um ordenamento jurídico materialmente qualificado, em que os órgãos administrativos (e também judiciais) estão regidos por preceitos de natureza material, ou seja, há um condicionamento jurídico-material da administração, uma qualidade de “juridificação” da administração de mesmo modo que a justiça (“*Estado de derecho es aquel que posee ordenamiento jurídico administrativo tan desarrollado como el derecho «judicial»*” MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 100).

⁴⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 41.

⁴⁷⁰ Na mesma parelha, de nada isto dista do *SG*. Como afirma Ferrajoli, por tratar-se o *garantismo* de um modelo limite, será preciso falar, mais do que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tourt court*, de certos “graus de garantismo”, sendo sempre necessário ter-se em conta a distinção entre o modelo constitucional e o funcionamento efetivo do sistema. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 852.

⁴⁷¹ *Estado de direito*, sabe-se, é conceito que possui variadas ascendências ao longo da história do pensamento humano, desde o “governo das leis” de Aristóteles e Platão, chegando até ao *normativismo* pregado por Kelsen. Para Bobbio, útil neste ponto, *Estado de direito* quer designar um governo submetido às leis (*‘sub lege’*), em sentido débil, relativo ao exercício das formas estabelecidas (aqui incluso os estados totalitários) e em sentido forte, atinente às limitações de poder também em seu conteúdo (vislumbram-se os estados constitucionais) – e também um poder mediante leis genéricas e abstratas (*‘per leges’*). (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 156-158). Saliente aqui, ademais, nossa comum percepção *garantista* de preocupação com os *direitos fundamentais* advinda da estrutura de *democracia substancial* proposta por Ferrajoli, amparada desde o núcleo de indisponibilidade pela maioria, para a tutela das minorias que carecem de poder frente à *utilidade geral*. Imediata a noção aqui arraigada ao princípio da legalidade elaborado pelo viés *garantista: validade formal* (legalidade em sentido amplo) e *validade substancial* (legalidade em sentido estrito) (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 857). O sentido de *Estado de direito* recepcionado pelo segundo critério – substancial – é aquele apto a se apresentar como sinônimo de *garantismo*. São estas circunstâncias de validade que conformam as regras da *democracia política* sobre *quem* pode decidir, *como* deve fazê-lo (forma de governo, por exemplo, democrático, monárquico, oligárquico ou burocrático) e *o que* deve ou não decidir (estrutura de poder mais ou menos de direito). Acarreta a violação *destas*,

pelo respeito ao direito das minorias. Tende, pois, a uma justiça *procedimental* que resguarda o catálogo de direitos a seres humanos em concreto, respeitando todos por igual, com um cunho explicitamente *fraterno*. Em contrapartida, vemos como característica do *Estado de polícia*⁴⁷² o domínio de um grupo que dita o *bom*, o *belo* e o *justo*, em que as suas decisões são a lei (plena obediência ao seu governo), e uma justiça *substancialista* se rende a direitos transpessoais. Quer dizer, está a serviço de objetivos metafísicos: *comunidade, nação, sadio sentimento do povo, consciência operária,*

disciplinadoras da soberania popular, a inexistência e falta de vigência do ato, enquanto, nas premissas do outro tipo, a decorrência será mais grave relacionada à invalidez das normas produzidas. Assim, o núcleo essencial às cartas fundamentais – deveres positivos de fazer – não só cronologicamente, mas axiologicamente, com a transposição do contrato social a pacto constitucional, precede à fundamentação democrática representativa (FERRAJOLI, Luigi. “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*”, pp. 506-507). Justifica-se, com isso, o rasgo estrutural, no viés garantista, de uma redefinição do conceito de *democracia*. Chama-se *democracia substancial* ou *social* o estado de direito dotado de garantias efetivas, tanto sociais quanto liberais; e *democracia política* (normas relativas a *como* e *quem* decide) seria o estado representativo, ou seja, baseado no princípio da maioria como fonte de legitimação (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*, p. 23). Consequência clara dos dois tipos de estados referidos, os modelos de *democracia* são, igualmente, independentes, pois possuidores de sistema de garantias que, por um lado, visa a proteger a manifestação da vontade da maioria (mera legalidade) e, por outra parte, dotado de esquemas que regulam o que deve ou não deve ser matéria de decisão, qualquer que seja o sujeito (e sua vontade) chamado a decidir. Com uma fórmula sumária podemos representar a busca constante por: um estado (e direito) mínimo(s) na esfera penal a partir da diminuição das restrições às liberdades públicas e a correlata imposição de limites às atividades repressivas; por outro lado, um estado (e direito) máximo(s) na esfera social, graças à maximização das expectativas dos cidadãos e a análoga expansão das obrigações públicas em satisfazê-las (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 865). Por certo, reclama o *garantismo*, como base de uma *democracia substancial*, de um desenvolvimento da complexidade institucional que hoje se conforma o estado moderno, visto, no âmbito destas reflexões, como uma maneira de fazer *democracia* dentro do *direito* e a partir *dele*.

⁴⁷² Se, literalmente, o termo *polícia*, derivado da palavra grega *politeia*, pode ser identificado com o conceito jurídico amplo de administração – quer dizer, num sentido dinâmico de conjunto de atividades do Estado – quando havida a era do *Estado de polícia* (que voltaremos a falar ainda), sua proximidade deu-se com o que chamamos administração interior. Pode-se dizer que na teoria administrativa contemporânea ela designa somente uma seção desta, ou seja, “aquella actividad administrativa que mediante la amenaza o el empleo de la coacción persigue la previsión o desviación de los peligros o perturbaciones del orden.” (MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 310). De toda forma, aqui a expressão *polícia*, por evidente, já está claro a esta altura, atravessa o mero conceito relativo ao exercício da agência de criminalização secundária – ou seja, às atividades de repressão/prevenção das polícias propriamente ditas. Evoca uma construção emersa, como vimos, da ciência política ou mesmo do direito administrativo que, por etimologia, remete a “governo” ou “administração”, noutras palavras, às decisões regidas pelas decisões dos governantes. Mais vai-se além, ainda. Trata-se de uma *função* não atribuível a um órgão específico (aqui discordamos de Merkl), algo passível de ser realizado por esferas estatais – e por que não pensar, alhures, para fora dele, desde uma própria *razão de estado* que o extrapola constantemente ou mesmo que a ele é constitutiva? – dentro de um lógica de um “estilo policíaco” de *coação direta*.

sociedade etc..⁴⁷³ Vez mais se diga que ambos os elementos coexistem, lutam, combinam-se de modo instável e dinâmico. Variam, desde a maior conservação e reforço do poder verticalizado que buscará impor uma supressão hierárquica dos conflitos, até o outro extremo em que o privilégio está em otimizar as relações de solidariedade horizontal limitando a exacerbação de poder.⁴⁷⁴ É deste posto de observação que se pergunta: qual o local que deve ser ocupado pelo discurso jurídico-penal neste contexto e qual, por dedução, deve ser o papel do operador jurídico?

Tendo em consideração que a tarefa do jurista está sempre inconclusa, pois nunca há uma realização *integral* de um *Estado de direito*, percebe-se que há um íntimo intrincamento entre *exercício do poder punitivo* e os modelos de *Estado de polícia*, em que, a partir disso, à função do personagem jurídico importará renunciar de pronto – tarefa urgente – às teorias da *pena* que, em maior ou menor escala, legitimam a *potestas puniendi*. Legitimá-la, enfim, é potencializar os componentes arbitrários, em detrimento do *Estado de direito*.⁴⁷⁵ Nada neutro é o papel da metodologia jurídico-penal que, assim, encarrega o poder judiciário, desde um sistema de *Estado constitucional de direito*, de produzir minimamente alguma racionalidade capaz de condicionar o exercício punitivo dos demais vetores de criminalização: “*a polícia exerce o poder*

⁴⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp. 93-94 e 121.

⁴⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 95.

⁴⁷⁵ Sem prejuízo do que até agora se disse, deve-se também considerar o sentido novo adquirido no transpassamento do então *Estado de Direito (Rechtsstaat)* do século XIX – distinto, como referimos, do *Machtstaat* ou “Estado sob o regime da força”, quer dizer, o Estado absoluto característico do século XVII e do *Polizeistaat*, o “Estado sob o regime de polícia”, ou seja, o regime do despotismo ilustrado do século XVIII – para o tual *Estado Constitucional de Direito*, com características estruturais próprias, de inúmeros conceitos jurídicos básicos, que tomam vulto renovado ao serem (re)contextualizados. Para o momento, ressalte-se que o fator constitucional, sim, impõe uma lógica diversa do então Estado Liberal que o precedeu; põe em xeque as estruturas legais oficiais oriundas de um pensamento descompassado que não encontra mais justificação senão naqueles retrógrados modelos herdados de sistemas totalitários. O Estado Constitucional, pela primeira vez na época moderna, é que submete a lei a uma nova relação de adequação, agora a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição. Para se ver os caracteres gerais do direito constitucional atual, bem como do próprio Estado Constitucional, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1997, pp. 09-45. Por sua vez, para o autor, noutra local, o panorama histórico nos estudos constitucionais, principalmente quanto aos textos do século XVIII e XIX, e ainda projetando o século vigente, reflete os reflexos positivistas do pensamento constitucional em tempos que, não obstante, apelam também ao salto escalar das fronteiras estatais. Cf. o também seu ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

*seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualmente exercida.*⁴⁷⁶

A saber, as relações atribuíveis ao dito *Estado de Polícia* poderão encontrar ampla superfície de contato – ponto de tensão, melhor dizendo, profundamente instável, mas nem por isso menos radical – quando se aventura perquirir algum nó górdio dentro da história da “*governamentalidade*”, como aposta por Foucault. Pouca presteza haverá em captar o *Estado de Polícia* sem antes examinar a *racionalidade* que o ilumina: a *Razão de Estado*.

Quando nos séculos XV e XVI, no ocidente, entra em crise o *poder pastoral* (eclesiástico/“governo das almas”, que individualizava ao outorgar, por um paradoxo essencial, tanto valor a uma só de suas ovelhas como ao rebanho em sua totalidade), já ao final do feudalismo, põem-se em cena novas formas de relações econômicas e sociais, bem como novas estruturas políticas. Não esquecendo a resistência ao pastorado⁴⁷⁷ ao longo de toda a Idade Média – quando, em especial, a penetração do modelo judicial da Igreja foi, com toda a segurança, a partir do século XII, uma das grandes razões das ditas lutas antipastorais –, bem como o amplo manancial de conflitos frontais, como as heresias e bruxarias que descrevemos num primeiro momento. Entretanto, as “insurreições de conduta” do século XVI (notável a Reforma protestante) fez paulatinamente o contexto passar a um *governo político dos homens*. A formação da “*governamentalidade*” no século XVIII, mote da contemporânea *biopolítica*⁴⁷⁸, está ligada ao surgimento, assevera Foucault⁴⁷⁹, entre os fins do século XVI e a primeira metade do XVII, da *Razão de Estado*. Uma arte de governar não mais presa às virtudes de justiça do soberano (*principia naturae*), mas às atitudes comuns de prudência,

⁴⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 51.

⁴⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 221-261.

⁴⁷⁸ Aquí entendido (voltaremos nisto) para o momento *biopoder* basicamente como “*el conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrá ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia general de poder; on otras palabras, cómo, a partir del siglo XVIII, la sociedad, las sociedades occidentales modernas, tomaron en cuenta el hecho biológico fundamental de que el hombre constituye una especie humana.*” (FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 15).

⁴⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 264.

medida e precaução. Impõe-se uma nova matriz de racionalidade que tem seus princípios de aplicação específica no Estado (*ratio status*).

Poder-se-ia se entender esta maneira de operar o governo dos homens, na junção genuína da *biopolítica*, tal o professor francês⁴⁸⁰ desde Giovanni Botero (em obra de 1589)⁴⁸¹, como tendo firme a ideia do Estado como *dominação* sobre o povo, abraçando um tipo de racionalidade que permitirá *manter e conservar* o Estado. Ademais, desde Bogislaw Philipp Von Chemnitz, e seu texto de 1640, de título *Dissertatio de ratione status in Imperio nostro Romano-Germanico* – mesmo que sendo visto apenas como mecanismo que põe os Estados a funcionar nada haja de novo nela –, o escândalo e a inovação da *ratio status*, nesta época, é comparável aos impactos dos descobrimentos de Galileu no campo religioso. Com efeito, quando Luís XIV torna-se o emblema da *Razão de Estado*, o que se destaca justamente é esta conexão entre *soberania* e *governo*.

O que se quer apontar, certamente, não é a origem da instituição que chamamos Estado aos anos 1580-1650. Não haveria sentido algum nisto, senão somente apontar neste ponto o período de gestação em que se começa a incorporar a prática estatal na mentalidade dos homens. Nesta época, dá-se a entrada do Estado no campo do pensamento dos homens, em que ele passa a ser objeto de conhecimento e análise, ou seja, parte de uma estratégia deliberada de governo. Apenas assim poderá se recolocar o surgimento do Estado como um objetivo político alcançado, dentro da própria *história da “governamentalidade”*: a forma Estado tal como o resultado da coagulação de práticas de governo derivadas de um certo tipo de governabilidade.⁴⁸² E mais. Desta maneira, possibilita – ao deslocarmos o epicentro de análise da figura Estado (que é apenas uma dentro de uma sociedade “governamentalizada”) – investir nas peripécias da “*governamentalidade*” para pensar uma *Razão de Estado* e suas lógicas para além

⁴⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 276-282.

⁴⁸¹ Ilustrativamente, inicia-se assim a obra: “*Stato è un dominio fermo sopra popoli; e Ragione di Stato è notizia di mezi atti à fondare, conservare, a ampliare un Dominio cosi fatto. Egli è vero, che se bene, assolutamente parlando, ella si stendi alle tre parti sodette, nondimeno pare, che più strettamente abbraci la conservatione, che l’altre; e dell’altre più l’ampliacione, che la fondatione (...)*.” (BENESE, Giovanni Botero. *Della Ragione di Stato*, libri dieci. Con tre libri delle cause, della grandezza delle Città. Di nuovo in questa ultima impressione, mutati alcuni luoghi dall’istesso Autore, accresciuti di diversi Discorsi, cioè, Dell’Eccellenze degli Antichi Capitani; Della Neutralità Del Principe, Della Riputatione Del Principe, Dell’Agilità delle forze Del Principe, Della fortificatione; Una Relatione del Mare. Con due Tavole, Una delle materie, L’altra delle cose notabili. All’Illustriss Et Reverendiss Sig. mio osservandiss Il Signor Volfango Teodorico, Arciuescovo, e Principe di Salczburg. Venetia: appresso Nicolò Mifferini, 1606, p. 01).

⁴⁸² FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 291.

dos séculos XVI e XVII. Assim, tal *maneira de governar* – é a hipótese por nós levantada – esta “*essência-saber*” passa a ser vista como um *índice de operatividade de uma lógica autoritária* que pode transpassar qualquer governo ou modelo estatal.

A *Razão de Estado*, em qualquer sentido invocado, traz consigo, quanto ao Estado, a força de empuxe da *conservação intacta de sua integridade*. Nada remete senão a si mesmo. Pura evidência. Dirá Foucault: “*el fin de la razón de Estado es el Estado mismo, y si hay algo semejante a la perfección, a la dicha, a la felicidad, sólo serán las del Estado.*”⁴⁸³ Por isso seu vetor de perenidade, perpetuidade e conservadorismo, ou seja, sua perfectibilidade como infinita objetividade. Tampouco põe-se um problema de origem, fundamento, legitimidade, ou seja, estamos diante de uma historicidade aberta e indefinida da arte política. Mas a maneira com que a *Razão de Estado* meditará e lançará mão do discurso da *salvação* – agora nada de cosmos, nada de natureza, nada da ordem do divino – é a *teoria do golpe de Estado*. Para Foucault⁴⁸⁴, com a ajuda da noção de Chemnitz e principalmente de Gabriel Naudé, não a ruptura, mas a contiguidade entre *golpe de Estado* e a *Razão de Estado* fica patente. O nome da *salvação* do Estado será exatamente a suspensão e cessação das leis em ação extraordinária introduzida pelo *golpe de Estado*. Nele estão depositadas as características sempre atualizáveis pelos discursos autoritários, quando não de forma independente, altamente compagináveis: *necessidade*, *violência* e *teatralidade*. *Salvação* esta veiculada mediante o apreço radical pela *necessidade* (que só pode operar em patamar de superioridade à lei), e pela *urgência*. Desta forma, quando assim exige a *lei fundamental da necessidade*⁴⁸⁵, converte-se a *razão de Estado* em *golpe de Estado* e, com isto, demonstra-se seu aspecto mais genuíno: a manifestação mais própria de sua

⁴⁸³ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 298.

⁴⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 301-308.

⁴⁸⁵ Na obra de 1639, podemos identificar a força motriz da *necessidade*, permanentemente habilitada a superar a legalidade para seu próprio bem. Para isto, Naudé afirma que uma tal “*justiça natural, universal, nobre e filosófica*” pode ser, às vezes, incômoda à prática do mundo, motivo pelo qual, com frequência, deve-se valer, de forma irônica, nada velada, de uma justiça artificial, particular, política, com apreço pelas polícias, fundamentalmente relacionada com a *necessidade do Estado*: “*mais d’autant que cette justice naturelle, universelle, noble & Philosophique, est quelquefois hors d’usage & incommode dans la pratique du monde, où véri juris germanaeque justitiae solidam expressam effigiem nullam tenemus, umbria imaginibus utimur. Il faudra bien souvent se servir de l’artificielle, particuliere, politique, faite & rapportée au besoin & à la necessite des Polices & Etats, puis qu’elle est assez lâche & assez molle pour s’accomoder comme la regle Lesbienne à la foiblesse humaine & populaire, & aux divers tems, personnes, affaires & accidens (...).*” (NAUDÉ, Gabriel. *Considerations Politiques sur les Coups d’Etat*. Suivant la Copie de Rome: 1723, p. 238).

razão é a *violência* mesma. A *necessidade* depõe o governo de sua relação com a legalidade, suspende a lei, fazendo-se pelo *excesso do direito comum* (*excessus iuris communis*⁴⁸⁶), daí a natureza violenta do golpe. E no momento da mais explosiva representação da perfeita harmonia entre *razão* e *violência*,⁴⁸⁷ entra em voga mais uma variável que é a *teatralidade*. O caráter forçosamente teatral do *golpe de Estado* assim o deve ser exatamente para o ganho de *adesão* (vetor *populista*); de alguma forma deve manifestar-se solenemente frente a todos em seus efeitos e razões. Pode-se aí questionar: não haverá neste ponto nenhuma metáfora do próprio projeto de justiça levado a cabo pelo processo (penal)? Existirá, pois, na própria tela judicial pintada no processo, como estética ritualizada e teatralização violenta, a maneira exata de suportar a montagem complacente de um eterno, e sempre palpável, à espreita “golpe de estado”, ademais, hábil e sabiamente posto a funcionar pela própria (violenta) razão judicial?

Tendo assim o *Estado* como princípio de inteligibilidade (fundamento e meta) da razão governamental, no sentido de *ideia reguladora*, assim, pôs-se a funcionar uma série de tecnologias característica desta nova *arte de governar*. Nesta nova dinâmica de técnicas racionais para o desenvolvimento das forças de um Estado, para além do destaque dado por Foucault ao *sistema diplomático-militar* (que tinha como objetivo o equilíbrio europeu na época da Paz de Westfália, no final do século XVII, instrumentalizado pela organização de um exército profissional e de um corpo

⁴⁸⁶ Contrariando pouco Benese, Naudé crê mais acertado aqueles que definiram a *Razão de Estado* como “*excesso de direito comum à causa do bem público*”: “*La feconde est proprement ce que les François appellent, ‘Maximes d’Etat’, & les Italiens, ‘Ragione di Stato’, quoique Botero ait compris foûs ce terme toutes les trois differences que nous voulous établir, disant que la ‘Ragione di Stato, è notitia di mezzi atti à fundare, conservare, è ampliare un Dominio’, en quoi il n’a pas si bien rencontré à mon jugement, que ceux qui la définissent, ‘excessum juris communis propter bonum commune’, d’autant que cette derniere definition étant plus speciale, particuliere & déterminée (...).*” (NAUDÉ, Gabriel. *Considerations Politiques sur les Coups d’Etat*, pp. 69-70).

⁴⁸⁷ É o mesmo Foucault que, noutra momento, irá reverberar seu objetivo maior de ver seu trabalho lido como uma tentativa de tratar a história das racionalizações, de como ela atua nas instituições e comportamentos humanos, ao dizer: “*o que há de mais perigoso na violência é a racionalidade. Certamente a violência é terrível em si mesma. Mas a violência encontra sua mais profunda ancoragem na forma de racionalidade que utilizamos. Pretendeu-se que ficássemos livres da violência, se vivêssemos em um mundo de razão. Isso é totalmente falso. Não há incompatibilidade entre a violência e a racionalidade. Meu problema não consiste em mover um processo à razão, mas em determinar a natureza dessa racionalidade que é tão compatível com a violência.*” (FOUCAULT, Michel. *Omnes et Singulatim* [para uma crítica da razão política]. Tradução de Selvino J. Assmann. Desterro: Edições Nephelibata, 2006, p. 76).

diplomático permanente e multilateral), aparece um segundo grande conjunto tecnológico importantíssimo que é a *Polícia*.⁴⁸⁸

Acima de qualquer sentido comum que possa ser dado, no século XVII, a significação toma uma conotação particular, para chamar de “polícia” “*el conjunto de los medios a través de los cuales se pueden incrementar las fuerzas del Estado a la vez que se mantiene el buen orden de éste*”⁴⁸⁹. Isto nos interessa aprofundar. Vista esta técnica como cálculo que vai permitir travar-se uma relação móvel entre a ordem interna do Estado e o incremento de sua força. Estes meios hábeis a conduzir ao esplendor estatal tiveram um nível de sobreproblematização, segundo Foucault, na Alemanha, com um intenso desenvolvimento teórico e prático, ao ponto de se formar um corpo de administradores oriundos das universidades e permitir a formação de uma *ciência da polícia (Polizeiwissenschaft)*. Aqui se encaixa uma espécie de utopia alemã, instalada no século XVII, de grandíssimo valor instrumental e analítico, qual seja, o *Estado de Polícia (Polizeistaat)*. Mas é antes mesmo, a partir da obra de 1611, de Turquet de Mayerne⁴⁹⁰, quando se poderá identificar o fomento da identificação da totalidade do governo, da própria *arte de governar* com o exercício de *polícia*. A finalidade singular está em instar a lealdade do povo, na medida em que apenas haverá um homem como “verdadeiro sujeito”, em qualquer atividade que tenha, enquanto este estiver em relação com o Estado. A teleologia é clara em seu horizonte de máxima *integração* do homem ao Estado, em consequência, a característica pulsante do *Estado de polícia* recai sobre o interesse pelo que os homens fazem, sua ocupação, visando a sua máxima utilidade estatal: “*el objetivo de la policía (...) es el control y la cobertura de la actividad de los hombres, en la medida en que esa actividad puede constituir un elemento diferencial en el desarrollo de las fuerzas del Estado.*”⁴⁹¹

⁴⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 355 ss..

⁴⁸⁹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 357.

⁴⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 365. Esta utopia e projeto de um *Estado de Polícia* é trazida por Foucault desde o texto de Louis Turquet de Mayerne, de 1611, intitulado *La Monarchie aristodémocratique où le gouvernement composé des trois formes de legitimes republicues*. Para tanto, escreve: “*trata-se de uma das primeiras utopias-programas de Estado policiado. Turquet de Mayerne a compôs e a apresentou em 1611 aos estados gerais da Holanda. Em Science and Rationalism in the Government of Louis XIV, J. King chama a atenção para a importância dessa estranha obra cujo título ‘monarquia aristodemocrática’ basta para mostrar o que conta aos olhos do autor: trata-se menos de escolher entre esses diferentes tipos de constituição, e mais de os combinar em vista de um fim vital: o Estado. Turquet denomina-a também cidade, República, ou ainda Polícia.*” (FOUCAULT, Michel. *Omnes et Singulatim*, p. 54).

⁴⁹¹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 370.

Nesta atuação direta (não judicial) exercida pela polícia, como marca inalienável, indelével e latente do *Estado de Polícia*, é que se deposita nosso cuidado. Na maneira de proceder, em sua lógica operativa, ali há um exercício soberano de poder sobre os indivíduos – noutras palavras, a “*governamentalidade*” do soberano como tal. Como quer Foucault, ademais, “*la policía es el golpe de Estado permanente*”⁴⁹²; a *polícia* é que o faz propriamente atuar, vai dar-se em *realidade*, em função dos princípios de sua própria racionalidade. As regras de justiça chegam tarde demais, seus *regulamentos (jurídicos, mas não judiciais, frise-se)* são mais pronta e imediatamente estabelecidos. Estamos, lembre-se, nestas alturas, no mundo disciplinar, numa espécie de sonho que tem como escopo a cidade convertida em convento ou vice-versa. Ao contrário de apenas se introduzir algumas variáveis histórias de cenários passados, é preciso salientar, sobremaneira, que não abandonamos a ordem da *Razão de Estado*.⁴⁹³ As repaginações são das mais variáveis – o discurso economicista do equilíbrio interior em forma de (lei e) ordem vem bem a coadunar este sentido. O antigo projeto de polícia correlata à *Razão de Estado*, não se perca isto de vista, é recomposto mais tarde e se mantém disperso e atuante nos outros elementos emergidos no século XVIII: como *prática econômica*, o manejo da *população*, o *direito público* de liberdades e a *polícia* com a função repressiva, tal como nos habituamos a reconhecer atualmente.⁴⁹⁴

Deve-se, desta forma – avançando o argumento –, programar o exercício do poder jurídico, através do direito penal, como um *dique*,⁴⁹⁵ levando-se em conta que os níveis das águas das arbitrariedades sempre os ultrapassam. Deve-se procurar minimamente *filtrar* estas pulsões “irracionais” reduzindo os danos causados a partir de uma *contrapulsão jurídica* ao poder punitivo do *Estado policial*, ou seja, como um claro *limite* ao seu *transbordamento*, para que não afogue o *Estado de direito*. A postura do operador jurídico, não apenas do magistrado, deve estar ciente de seu caráter *trágico*,⁴⁹⁶

⁴⁹² FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 388.

⁴⁹³ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 399.

⁴⁹⁴ Para conferir as atuais ilusões das políticas autoritárias que se utilizam da *razão de estado*, ver DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Éditions du Seuil, 2010, p. 139-169.

⁴⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 156.

⁴⁹⁶ A figura do *trágico* afigura-se importante. Ainda que não seja o local para o trato que merece, ressalta-se sua atualidade indicadora, não atrelada à presença de “ *finais felizes*” redentores e idealizados de sistemas totalitários, mas reveladores da limitação do humano e a humildade de suas empreitadas. Há, entretanto, que se estabelecer uma diferença básica entre uma compreensão, por exemplo, nietzscheana do *trágico* (o *pathos* dionisíaco) e a compreensão

sempre resistindo ao poder punitivo. Se o poder punitivo é uma força “irracional” e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a “racionalidade” do *estado de direito*, a seleção penal deve ser “racional”, para compensar – até onde puder – a violência seletiva (“irracional”) da torrente punitiva.⁴⁹⁷

Postos os alicerces, as construções/opções básicas aí podem se firmar. Se até aqui vemos, talvez, o olhar *garantista* se alinhar, em certa medida, aos preceitos postos por um enfoque *realista marginal* – se assim quisermos denominá-lo – adiante eles seguem rumos díspares. Neste viés último, não se toma partido de nenhuma generalização não-verificada quanto à *pena*, aceita-a como realidade que não pode cumprir nenhuma das suas funções manifestas, em prol de uma *teoria negativa ou agnóstica da pena*. É desta maneira que se afirma com radicalidade a tarefa das agências jurídicas, não de legitimação da criminalização, mas de aumento dos seus *dispositivos* de contenção de violências. Antecipando-nos, em parte, não é preciso se iludir e verificar que ainda as teorias liberais de direito penal – mesmo com novos ares como a teoria *garantista* examinada – não deixam de ser legitimantes (em menor grau, é claro) do *estado de polícia*, porque embrenham-se numa contradição insolúvel, além de confusões insondáveis: requisitam instrumentos próprios do *estado de polícia* para depois fundar limites desde o *estado de direito*.⁴⁹⁸

Uma teoria *agnóstica* da *pena* surge, sobretudo, do fracasso retumbante de *suas* teorias *positivas* que pretendem atribuir alguma função manifesta a *ela*, contribuindo, inclusive para deduzir um *direito subjetivo público de punir* de titularidade do estado –

negativa do trágico (o *pathos* dialético). Vias trágicas que expressam duas formas de se pensar o *desejo*. A moral da negatividade trágica diz que o desejo é *falta*. A ética da afirmação trágica pensa o desejo como *vontade de poder*. É a tese de Bruno, desde Deleuze, que coloca este “sim” afirmativo do “acaso”, como componente da construção de uma ética da produção da diferença: “*uma forma é a concepção negativa, que pressupõe uma releitura da tragédia à luz da dialética; a outra é a afirmação nietzschiana, dionisíaca, do trágico. Acreditamos que a ambigüidade da tragédia ática torna pertinente duas leituras. Trata-se de um confronto de interpretações que podemos nomear como o ‘sim contra o não’.* De um modo simplificado, é, por um lado, o ‘sim’ da leitura de Nietzsche, propondo um conceito de trágico para além dos gregos, já que eles, com exceção de Heráclito, não foram suficientemente trágicos; por outro, o ‘não’ da dialética que estava presente no mundo grego e ganhou uma dimensão planetária a partir do ‘pathos’ cristão.” (cf. BRUNO, Mário. *Lacan e Deleuze: o trágico em duas faces do além do princípio do prazer*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 215). Veremos adiante como isto instará a pensar as máquinas desejanças implicadas na aparelhagem dos sistemas processuais penais.

⁴⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 162.

⁴⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 96.

como visto no apartado passado.⁴⁹⁹ Quanto às funções latentes, certamente, dota-se de importância conhecê-las, não obstante sem perder de vista que são múltiplas, variáveis e de irreconhecível captação na sua totalidade. Trata-se de um *complexo heterogêneo* e, em qualquer tentativa de planificá-la, estaríamos próximos de recair num simplismo. Para além disso, estaríamos opondo uma leitura totalizante (“fala oficial”) com outra de mesma envergadura. Qualquer tentativa, desta forma, de isolar as funções reais (da *pena*) do *poder punitivo* seria *artificial*: “o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e idéias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc..”⁵⁰⁰

Por isso, apostam Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia num conceito ampliado de *pena*, condizente ao princípio de *limitação do poder punitivo*, pelo caminho diverso das funções. Por um lado, não concede função *positiva* a *ela* e por outro é “‘agnóstico’ quanto a sua função, pois confessa não conhecê-la”⁵⁰¹ – diga-se, desde já, não lhe interessa saber para fundar o discurso do ator jurídico, também por infrutífero tentar alçá-la na totalidade. Dilatado o espectro da *pena*, o que se ganha é a inclusão, no universo interpretativo, de manifestações legais *latentes* e *eventuais*⁵⁰² do *poder punitivo* excluídas quando opomos alguma finalidade *positiva*. Estamos falando ou de qualquer função manifesta não-punitiva (assistencial, tutelar, pedagógica, sanitária), que

⁴⁹⁹ Inafastável a citação da nota 20 do §14 a tese de livre docência de Nilo Batista: “A *idéia de jus puniendi*, particularmente quando referida ao momento legislativo (...) transforma-se no eixo de uma concepção autoritária de estado. O estado realiza uma ‘prodigiosa acumulação de meios de coação social’ (...) expressa na ‘centralização excludente de seu aparato político de poder e violência’ (...). Negar um direito penal subjetivo, ainda que pelas fórmulas do imperium ou ‘poder de dominação do estado’ (...) ou do ‘atributo da soberania’ (...), ou de um ‘poder jurídico’ (...), é chamar a atenção para a indeclinabilidade da regulação jurídico-objetiva do poder estatal, bem como abrir as perspectivas para o exame das relações sociais em cuja preservação está comprometido o estado. Bem ao contrário de um direito penal subjetivo (direito público subjetivo do estado), os direitos subjetivos públicos dos indivíduos, que vieram a inscrever-se nos documentos internacionais como direitos humanos fundamentais e nas constituições como garantias individuais, ainda que sujeitos a objeções técnico-jurídicas, representam um positivo instrumento democrático, e, como diz Bessa Antunes, ‘importante fator de reivindicação por reformas e avanços sociais.’” (BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 109).

⁵⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 98.

⁵⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 99.

⁵⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 89.

habilitam sobremaneira o exercício de repressão e a indevida criminalização, ou tratam daquelas legislações que aparecem eventualmente desenvolvendo funções punitivas segundo o uso que fazem as agências que as operam (poder psiquiátrico, assistencial à criança, doente e idoso, poder disciplinar institucionalizador), principalmente as que habilitam a *coerção direta* ou policial.⁵⁰³ O avanço será parco se não reconhecermos que mais profunda e capilarizada é a dimensão política do *poder punitivo*, para além da mera criminalização *primária* ou *secundária* (criminalização primária vista como ato/efeito de sancionar uma lei penal material que implique a incriminação ou punição de alguém e a criminalização secundária desde a ação punitiva em si efetuada sobre pessoas concretas⁵⁰⁴) – algo que se verá, a saber, de forma profunda no enraizamento do punitivismo na cultura dos atores penais.

Desde a ultrapassagem da ideia weberiana de monopólio punitivo por parte do Estado⁵⁰⁵, o discurso legitimador da *pena* implica renunciar a âmbitos maciços de violências exercidas por outras agências com funções manifestas bem diversas, que formam uma complexa rede de controle social punitivo. É este exercício *configurador-positivo da vigilância*, de majoração produtiva do poder relativa aos mecanismos não somente disciplinares, mas também securitários, que possibilita que se legitime e se extraia do discurso penal – pois não diriam respeito ao âmbito da *pena* – as ilegalidades cometidas pelas agências executivas que, por possuírem poder discricionário, acabam

⁵⁰³ Está-se a falar, diretamente, das componentes do que se poderia chamar de um *direito penal paralelo* (agências que tem função bem diversa da sua latente dinâmica de punição) ou do denominado *direito penal subterrâneo* (agências com dilatado poder de decisão que acabam invariavelmente exacerbando-o). Cf. sobremaneira CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*, pp. 128 ss..

⁵⁰⁴ Cf. PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Traducción de Ignacio Muñagorri. Madrid: Siglo Veintiuno, 1983, pp. 139 ss.

⁵⁰⁵ “Sociologicamente, o Estado não se deixa definir a não ser pelo específico ‘meio’ que lhe é peculiar, tal como é peculiar a todo outro agrupamento político, ou seja, o uso da coação física. (...) Se só existissem estruturas sociais de que a violência estivesse ausente, o conceito de Estado teria também desaparecido (...). A violência não é, evidentemente, o único instrumento de que se vale o Estado – não haja a respeito qualquer dúvida –, mas é seu instrumento específico. (...) Em nossa época (...) devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território, (...) ‘reivindica o monopólio do uso da violência física’ (...) o Estado se torna, portanto, na única fonte do “direito” à violência. Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o Estado consiste em uma relação de ‘dominação’ do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima)” (WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. 14ª ed.. Tradução de Leônidas Hegemberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 56; do mesmo modo, noutra local, em WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, pp. 43-45 e em WEBER, Max. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2003, pp. 83-86).

dele abusando. Uma concepção *negativa* da pena tem por vantagem poder reduzir estes componentes de exclusão “*que explicam não ser ‘juridicamente’ poder punitivo aquilo que, em realidade, é poder punitivo, bem como não ser pena aquilo que pena é*”;⁵⁰⁶ evidenciar o *poder punitivo* em todas as suas dimensões e, a respeito deles, subjugar-los claramente a algum papel limitador.

Sobre a *coerção direta*, importa pontuar que se trata do terreno privilegiado de qualquer pensamento inquisitivo. É sobre seu núcleo expansivo que cabe interrogar. Nela, o pressuposto é a existência de um *perigo* e o esforço atinente a qualquer *Estado de Polícia* será a criação de um conceito de *ordem pública nebulosa e metajurídica*, dirão Zaffaroni-Batista-Alagia-Slokar⁵⁰⁷, ou seja, uma pretensão penal de sancionar ações pela mera violação de um dever, sem qualquer limite “jurídico”. Trata-se, noutros termos, da invocação arbitrária da *necessidade* por conta das agências executivas, no afincamento da racionalização de seu poder e que implica o avanço do *Estado de Polícia*. Vez mais: é sobre a confusão entre a *coerção direta* e *poder/coerção punitivo(a)* que o *Estado de Polícia* investe, exatamente para legitimar o *poder punitivo*. Se a *coerção direta* é aquela aceitável por necessidade ou legítima defesa, em que ela se converte em dever jurídico ao funcionário público,⁵⁰⁸ acabando quando cessar o perigo, passa a ser *punitiva*. Ou seja, enquanto uma atividade lesiva perdurar, a força empregada para detê-la não constitui *pena* propriamente, mas sim *coerção direta*. Nisto se deposita o agente ideológico perfeito para reduzir qualquer pretensão limitadora do direito penal e dar entrada aos componentes autoritários do *Estado de Polícia*. Basta estender os argumentos próprios da *coerção direta* e sua “*teoria da necessidade*” (como perigo, necessidade, urgência, ordem pública etc.) em espaço penal e processual penal para campear os vigores autoritários.⁵⁰⁹ A *alucinação* do *Estado de Polícia* vale-se da *emergência penal*, elevando qualquer risco é mal insuportável,

⁵⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 72.

⁵⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 103.

⁵⁰⁸ MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 333 ss..

⁵⁰⁹ Firmamos desde o início do escrito que a tendência permanentemente aflorada no sistema penal diz respeito ao seu autoritarismo. Por isso, a atenção necessária aos mais diversos espaços que se abrem e fixam a inclinação para o conceito de *emergência*. Em qualquer sede, a propensão ao extravasamento de seu poder nunca deve deixar de ser pauta. Cf. esta variada preocupação em MOCCIA, Sergio. *La Perene Emergenza: Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Seconda edizione riveduta ed ampliata. Prefazione di Alessandro Baratta. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 08-09.

“a fim de transformar ideologicamente todo o exercício do poder punitivo *ex post facto* em poder de coerção direta *in facto*”: “(...) a confusão entre coerção direta e pena é o ardil do estado de polícia para acabar com o estado de direito, adotado desde a consolidação do poder punitivo (...), e que se reitera em cada renovação argumentativa da emergência: a inquisição é a conversão de todo o poder punitivo em coerção direta.”⁵¹⁰

Avançando, vemos que a teoria *agnóstica* reduz a *pena* ao que, de fato, é: um mero ato de *poder* de explicação simplesmente *política* na esteira de Tobias Barreto⁵¹¹. Há mais de um século (1886), já colocava o professor sergipano da Faculdade do Recife, desde Friedrich Fröbel, o caráter eminentemente “*político*” (“*extrajurídico*”) de qualquer conceito de *pena*, em suas clássicas palavras: “*quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*”.⁵¹² Este é o ponto capital. O defeito das teorias usuais, inclusive a *garantista*, consiste justamente no erro de considerar a *pena* como uma consequência do direito, logicamente fundamentada.

Interessantíssimo, já naquela época, ainda que sobre os auspícios da escola positiva, a qual acabou por influenciar seus estudos, não obstante, percebia o professor uma espécie de *jogo de advinha* sempre que os mestres propunham aclarar aos discípulos os fundamentos da punição; “*há homens – dizia – que têm o dom especial de tornar incompreensíveis as coisas mais simples do mundo*”.⁵¹³ O maior mérito de seu apanhado sobre o tema – mesmo que sustentasse a *necessidade* da punição imposta pela *lei da existência, sem a qual a humanidade não poderia existir* – com certeza foi a de sopesar que *frases teoréticas* tentaram encobrir a verdadeira feição da coisa, ou seja, *punir é um sacrificar mais ou menos cruel* não afeito à medida jurídica.⁵¹⁴ Barreto sustenta, desde uma matriz kantiana, o princípio histórico do “*direito de punir*”, ou seja, havia um primeiro momento, que se transforma posteriormente em ideia e, após, o fato transformado em direito. Por isso é que, para o autor, parecia inconcebível que alguém alcançasse a compreensão de que a “*justiça punitiva*” fosse derivada da guerra de todos

⁵¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp. 107 e 105, respectivamente.

⁵¹¹ Cf. a digna apresentação do autor em LIRA, Roberto. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1964, pp. 107-111.

⁵¹² BARRETO, Tobias. “O fundamento do direito de punir”. In: *Estudos de Direito*. BARRETO, Tobias. Campinas: Bookseller, 2000, p. 179.

⁵¹³ BARRETO, Tobias. “O fundamento do direito de punir”, p. 163.

⁵¹⁴ BARRETO, Tobias. “O fundamento do direito de punir”, p. 173.

contra todos, de um fato bárbaro da existência em sua primitiva rudeza. O direito, ontem, *força e violência*; hoje, *culto e veneração*.⁵¹⁵ *Pena e sacrifício humano* como ideias irmãs que caminham juntas até hoje. Em que pese afirme sua imperatividade para a sobrevivência da sociedade e para a manutenção do próprio Estado de direito, o professor, principalmente, descortinava a *pena* sobre seu real rosto, o da *vingança*;⁵¹⁶ repõe, pois, a discussão sobre os trilhos corretos.

Seguindo nesta senda, deve-se aprofundar novamente o papel do *direito* como limite da *política*^{517, 518} e como numa guerra a programação deve obedecer, naquilo que for possível, a uma estratégia de salvar vidas humanas, similar à tarefa da *Cruz Vermelha*⁵¹⁹ – que evidentemente não tem poder para acabar com os conflitos bélicos. Não mais uma teoria justificante do “direito de punir”, mas um apanhado teórico-normativo capaz de impor certos limites, com fins específicos de evitar mais sofrimento. Este deve ser o objetivo *imediato* das agências judiciais de acordo com um discurso que estabeleça limites mínimos de racionalidade tolerável. Não se trata, pois, de ser um torpe racionalizador do *status quo* ou dar o existente por inevitável. Pelo contrário. É ser lúcido o suficiente para ver como ele se movimenta, mesmo se possível poder antecipá-lo sabendo que ele irá *funcionar* independente das possibilidades de freá-lo do ator jurídico, assim, buscando salvar, neste reduzido terreno de atuação – por certo outros há, quiçá mais frutíferos e com potência suficiente para tornar todo o desejo de liberdade neste ponto supérfluo no futuro –, o máximo de vidas possível.

O que se propõe é uma recondução topográfica do discurso do ator jurídico neste cenário. Dentro de um vastíssimo conjunto punitivo, deve o direito penal legitimar, sim, mas as próprias decisões de suas agências jurídicas, não o manancial de poder dos demais vetores punitivos.

⁵¹⁵ BARRETO, Tobias. “O fundamento do direito de punir”, pp. 169-170.

⁵¹⁶ BARRETO, Tobias. “O fundamento do direito de punir”, p. 175.

⁵¹⁷ *Política*, num sentido débil, por certo. Senão no máximo quanto aquilo que é relativo às perspectivas da representatividade política (de maiorias) dentre de um contexto relativo a mera *democracia formal* (política e civil) em contraposição ao seu sentido forte, à *democracia substancial* (liberal e social). Como se vê em FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. 2. Teoria della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007, pp. 13-29.

⁵¹⁸ Valem os clássicos, por todos: HUMBOLDT, Wilhelm von. *Los Límites de la acción del Estado*. Estudio preliminar, traducción y notas de Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 1988.

⁵¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria”. In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, p 393.

*“Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fazerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para a sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.”*⁵²⁰

De alguma parte, que não se perca, o choque de humildade que tudo isto traz. O jurista deixa de cinicamente se empenhar numa tarefa esquizofrênica, quando não perversa, de dar sentido a toda manifestação punitiva e desloca seu olhar àquilo que se deve importar e, fundamentalmente, àquilo que está ao seu alcance: a construção de um discurso legitimamente fundado na contenção do poder punitivo – o que poderá contribuir a estruturar toda uma gama de forças hábeis nos mais diversos momentos de captação judicial do fenômeno criminal, via processo penal por exemplo, a surpreender os pontos de pulsão de um *desejo de punir* afeto às *máquinas inquisitoriais*. A *teoria da pena*, nos moldes que tradicionalmente exercita o jurista, nada mais acarreta que o próprio suicídio do seu discurso diante do hipersensacionalismo desencadeado pelas matrizes discursivas oriundas da mídia, preocupada, noutra toada, a não meramente comunicar, mas excitar a percepção. Torná-la, via normalmente o medo da vitimização, não mais assunto comum e dar, pois, ao evento o cariz chamativo do espetacular, da everfescência, e da inquietude geral, completamente descompassada com a temporalidade judicial. Engolfado e em transe, o jurista do *sensu comum* agarra-se à *teoria da pena* como se ela não fosse na realidade o refúgio mais escondido onde repousa, ao mesmo tempo, seu autoencantamento pela imagem de paladino da justiça, e a fragilidade que fará do seu afazer supérfluo – já que se tornará mero chancelador da vontade de punição difundida – seu próprio sepulcro.⁵²¹

⁵²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 108.

⁵²¹ A localização do discurso em prol da legitimação do *poder punitivo* leva atualmente a que ele seja cada vez mais exercido de forma irracional, ou seja, menor é a necessidade de um discurso com alto grau de elaboração. Por esta razão, dentre outras, o discurso bélico dos *media* ganha, como dito, espaço no cotidiano jurídico-criminal. Encruzilhada onde nos encontramos, questão de “mera” *política específica da área jurídica*: ou se enfrenta tal discurso ou se é incorporado por sua lógica – parece que a segunda tendência vem ganhando espaço. Degrada-se o discurso jurídico-penal de sua função orientadora, diluindo-o no simplismo proselitista da mídia, ampliando concomitantemente o arbítrio das demais agências executivas. Cf., no Brasil, pesquisa que põe a descoberto algumas práticas da mídia de massa, em especial na televisão com o chamado “telejornalismo de referência”, quanto aos elementos representacionais que são veiculados em seu tempo-espaço específicos e a reconstrução das estratégias discursivas que acabam por produzir em diversos níveis uma realidade profundamente seletiva sobre a violência

Imperativo este que desperta para o papel localizado (nem por isso menos importante) que atua o jurista. Ele faz parte de uma parcela reduzida da engrenagem das agências de *criminalização secundária* (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários etc.). É nesta limitação operativa que cabe potencializar seu discurso como redutor de violências, pois é nesse âmbito de poder jurisdicional que ele pode programar sua investida. Sob outro aspecto, talvez possamos descurar o quanto fragilizado fica o discurso jurídico quando se empreendem esforços na legitimação do poder alheio, ou seja, das demais agências. Paradoxalmente, quanto mais se legitima o *poder punitivo*, mais reduzida fica a função das agências judiciais. Isso claramente se dá em virtude de o direito penal, ao longo do tempo, ter privilegiado o exercício do seu poder através do *discurso* em si, ao invés do exercício direto do mesmo, sacrificando, em síntese, sua orientação minimizadora em favor da conservação do mero poder discursivo.⁵²² Refira-se que esta postura não acarreta necessariamente a redução do raio de ação do discurso penal, como já colocado. Observa Zaffaroni que

*“ridurre il potere punitivo non significa ridurre l’ampiezza del discorso del diritto penale (...); orbene, la tattica del controllo riduttore di questo potere può esigere, in certe circostanze, un ampliamento del discorso del diritto penale (...) perché c’è (...) la necessità di estendere le garanzie penali ad ampi settori di pena che ora sfuggono al loro controllo coi più incredibili sotterfugi.”*⁵²³

Se afastarmos qualquer discurso de teoria da *pena* que normaliza o *poder punitivo*; traçado e escolhido este caminho, sobre vias transversas, o que se trilhará é uma recomposição de um *direito penal liberal em novas bases*⁵²⁴ – ou poderemos nos questionar se dele algo ainda resta depois do esforço de perquirir um “princípio de economia” que espreita os discursos da época. Seria o retorno de um discurso de *resistência*, como, em parte, encontramos nos estudos de Marat no século XVIII, na sua empreitada revolucionário-socialista de não legitimar o poder punitivo na sociedade do

no país, NATALINO, Marco Antônio Carvalho. *O Discurso do Telejornalismo de Referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: Método/IBCCRIM, 2007.

⁵²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 71.

⁵²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria”, p. 394.

⁵²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 77.

seu tempo.⁵²⁵ Há ali também um certo saber que procurou abalar as premissas tradicionais do dito *ius puniendi*, pois reconhecia os direitos de resistência do cidadão quando da violação das regras de equidade pelo Estado, quer dizer, na medida em que ele se afasta da busca pelo bem estar humano e da redução das diferenças sociais. Suscitou, sobretudo – este é o mérito determinante – a disposição da problemática da *pena*, de forma precursora, sobre o campo da análise *política* negando, em algum grau, os fundamentos jurídicos da sanção penal.⁵²⁶

⁵²⁵ Quando o Estado não toma nenhuma medida para prevenir o aumento das fortunas particulares, num ambiente em que uma parte dos homens enriquece às expensas dos demais, perguntará então: “*no conociendo la sociedad más que por sus desventajas ¿están obligados a respetar las leyes? No, sin género de duda; si la sociedad los abandona, vuelven al estado natural, y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga a ello es tiránica, y el juez que los condene a muerte, no es más que un vil asesino.*” (MARAT, Jean-Paul. *Principios de la legislación penal*. Obra Publicada en Paris en 1790. Versión Castellana con la reproducción por el fotograbado del retrato del autor, y una introducción con notas antropológicas y exposición de algunos tratados especialmente de los delitos contra las costumbres y de la prostitución por A. E. L. Abogado del Ilustre Colegio de esta Corte. Madrid: Librería de Gabriel Sánchez, Calle de Carretas, num. 21, 1891, p. 14). Em época de denúncia ao despotismo no período revolucionário francês, projeta, em seu *Plano* de 1779, a tendência em minimizar a atuação do Estado na esfera penal em contraposição à tutela máxima dos direitos sociais. Em que pese algum déficit de profundidade filosófica, trilhando ainda os passos do retribucionismo da pena (a medida talional ainda era a mais justa para ele, mesmo sopesando a necessidade de menos ameaça penal e mais uma “prevenção social”), Marat irrompe um giro metodológico incluindo como fundamentais os direitos sociais antecipando o pensamento liberal-socialista. Inolvidável, tempos antes do seu *Plano*, já em 1774, obra clássica que exaltava o combate ao despotismo que flagrava na França da época, senão por tudo, pelo seu sugestivo subtítulo: MARAT, Jean-Paul. *Les chaînes de l’Esclavage: Ouvrage destiné à développer les noir attentants des princes contre les peuples; les ressorts secrets, les ruses, les menées, les artifices, les coups d’État qu’ils emploient pour détruire la liberté, et les scènes sanglantes qui accompagnant le despotisme. Présentation de Michel Vovelle*. Paris: Complexe, 1988. Neste longo libelo libertário, destaca o *amor à dominação* (Legendre, ecos de Marat?) que paira sobre os homens e do qual se utiliza o Estado para impor sua autoridade: “*L’amour de la domination est naturel au cœur humain, et dans quelque état qu’on le prenne, toujours il aspire à primer: tel est le principe des abus que les dépositaires de l’autorité font de leur puissance; telle est la source de l’esclavage parmi les hommes.*” (MARAT, Jean-Paul. *Les chaînes de l’Esclavage*, p. 22). Enfim, de alguma forma, “*por la vía del contractualismo, hallamos en Marat, el famoso médico revolucionario francés, la primera versión de la criminología radical en la historia, formulación bastante análoga a la actual en muchos aspectos. Marat, al proponer su ‘Plan’, en verdad no proponía un ‘plan’ para un nuevo sistema penal, sino directamente para una nueva sociedad. Es la criminología crítica en versión extrema, lo cual es suficiente para mostrar con qué grado de precaución la burguesía europea debía manipular la ideología contractualista, para que su propio discurso no se le volviese en contra.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*, p. 120). Cf. ademais ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*, pp. 93-98.

⁵²⁶ Se, desde o prólogo, a primeira linha da obra anuncia: “*las leyes penales, necesariamente ligadas al sistema político, deben estar en armonía con la naturaleza del gobierno (...)*”; antecipa também algo de uma criminologia radical: “*si para mantener la sociedad es necesario obligarles a respetar el orden establecido, ante todo, debe satisfacer todas sus necesidades. (...) Solamente después de haber cumplido todas las obligaciones con sus miembros es cuando tiene*

Ou mesmo, doutra parte, compondo – desde um viés mais complacente a aproveitar a dinâmica formal do pensamento do que qualquer coisa – este forte rasgo deslegitimante, um foco importante na virada do XIX-XX, está em Liszt e a sua ciência total do direito penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*). Dogmática ali vista como instrumento pedagógico, devendo ser posta a serviço da limitação da contingente e instável política criminal.⁵²⁷ A função da dogmática penal então seria a de programar

derecho á castigar á los que violan sus leyes.” (MARAT, Jean-Paul. *Principios de la legislación penal*, pp. 01 e 14).

⁵²⁷ Alguma tendência importante ao pensamento pode ali ser encontrada, não obstante a versão do *positivismo evolucionista-espiritualista* de Liszt (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*, pp. 236-246). Em seu modelo integrado, três tarefas investigativas são ressaltadas. A *criminológica* seria a “verdadeira”, por assim dizer, incumbida de indagar as *causas* dos delitos e (justificar) os *efeitos* das penas (explicação mais ou menos causal do crime) – naturalmente, à época, amplamente legitimadora do poder punitivo via discurso da criminologia etiológica; reduzida, suma, a criminologia à intervenção punitiva. A *política criminal* aparecia como tarefa *valorativa*, resultado das respostas da criminologia, ou seja, relativa aos “meios” para lutar contra as “causas” do delito. Por fim, o *direito penal*, operativo *pedagogicamente* desde a *dogmática* – arte prática esta que daria os contornos legitimadores da política criminal. Consagrando a dogmática, desta forma, como *carta magna do delinqüente*, seria ela que operaria a legitimidade da *política criminal*. Não esqueçamos, contudo, como visto na parte anterior, que estamos em plena força, diante de uma ruptura clara entre dogmática e criminologia, com a *reação tecnicista* das ciências penais no início do XX, atinente à adequação do grau de cientificidade do direito penal frente aos demais ramos jurídicos. Foi este trânsito para uma “nova defesa social” saída da Escola Positivista, que acabou por subordinar o saber criminológico, alijando-o da sua interferência na dogmática penal quando não, de maneira auxiliar, atuasse como profilaxia criminal na legitimação da estrutura de punição. Neste sentido, evidentemente, o autor, contornando o universo da dogmática, apõe a função da *pena* como *prevenção especial (retributiva pelo tratamento)*. Deixa meramente o insustentável princípio da equivalência entre crime e castigo, ou seja, afasta o anseio retributivo *per se*, para agregar a esta doutrina o valor de *proteção* à retribuição: “*la pena retributiva es la protectora (...) la pena protectora es la retributiva.*” Claramente ancorado num *direito penal de autor*, afinal, para sua inspiração neokantiana, a concepção do delito é uma abstração: a retribuição apenas se dá no caso concreto, “*porque no es el concepto que castiga, sino el autor.*” Repressão e prevenção, assim, não são, para o autor, antagônicas, implicam-se, “*la pena es prevención por represión; también podríamos decir que «es represión por prevención.*” Não, todavia, buscando a mera dissuasão geral, assume a *pena* para o autor, sim, sobretudo, uma *tarefa profilática* frente ao desviante: “*así como «curar» llamamos únicamente la actividad médica destinada a combatir la enfermedad, llamamos «pena» únicamente la actividad del Estado, provocada por ele delito, que lesiona la delincuente.*” (LISZT, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal*, pp. 76-79). Sobre a finalidade corretiva da *pena*, para além de todo o mais (Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Pena Privativa de Liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra, 1995), obviamente, estejamos cientes desde já do alerta de Ferrajoli: “*quien (...) recogió y desarrolló esta idea fue Franz von Liszt, que en su programa de Marburgo de 1882 elaboró un modelo de derecho penal como instrumento flexible y multifuncional de «resocialización», «neutralización» o «intimidación» según los diferentes «tipos» – «adaptables», «inadaptables» u «ocasionables» – de delincuentes tratados.*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 268). Como afirmado, não obstante, algum mérito quicá possa ser extraído da localização do potencial limitador da dogmática; isto, pois, há a ser viabilizado. Pouco entendido isto, graves problemas de entendimento daí advirão. Queremos aduzir apenas a salutar retomada deste espírito de

minimamente as decisões judiciais, forjar uma base para legitimar o poder do jurista e não legitimar o poder punitivo. Deste ponto, vamos com ele, desde uma leitura complacente, na medida da imperatividade de abandonar algum *doutrinarismo*, em prol da aproximação do direito penal dos reais problemas da vida, aí sim sua força maior emergirá.⁵²⁸

Por certo, como escreve Zaffaroni, retornar ao pensamento do XVIII-XIX, sobre outro viés, àquilo que nos pode alijar da intervenção da *polícia positivista*,⁵²⁹ é um

racionalização mínima do *poder punitivo* como roteiro das agências judiciais. Não se olvida, por evidente, que o seu *Programa de Marburgo*, ainda que ancorado na função pedagógica da dogmática na redefinição do modelo penal, não logrou extirpar a etiologia de seu saber, pois a tinha como uma convidada estratégica a alavancar o saber penal. Assim, frise-se vez mais, para que de alguma imprecisão nos afastemos. Sabe-se a tamanha nocividade que um pensamento como este, impulsionador de um correccionalismo penal de alta estirpe, traz consigo. Todavia, necessário dizer, mais que por outro motivo, por adequação histórica, que isto se deu, não por pouco, em função da posição da ciência criminológica, a seu tempo positivista: este seria o ramo dotado da verdadeira função científica – já que a política criminal teria a seu cargo a tarefa valorativa e o direito penal dotado era de um caráter pedagógico. Pouco difícil de perceber que, desde este panorama, nada diferente poderia surgir do que um discurso de legitimação do poder punitivo. O que não deve levar consigo o papel que poderia desempenhar o direito penal levando em conta esta postura limitadora. Mais adiante, pouca dúvida há nesta sistematização de estarmos diante de um conceito ou conteúdo limitado de *política criminal*. Neste sentido, para Liszt, seria ela a *política estatal para luta contra o crime*, que encontrava seu limite – isto cabe salvar da estrutura – no *direito penal*. A visão do seu modelo integrado neokantiano, nada inocente, de que esta luta encontraria seu limite no *direito penal* (para ele, dogmático e formal) deriva do seu intento de deixar a cargo o conceito de crime somente para a construção própria do *direito penal*, não contando neste momento com a *política criminal*. O perigo está exatamente numa burla de inversão ali percebida no seu manejo. A *dogmática* servia no fundo para encobrir, legitimar em todo sentido, uma *política criminal* (autoritária) e aquilo que poderia parecer um papel contendor da *política criminal*, funciona sinceramente como mecanismo de subordinação do próprio *direito penal* às diretrizes políticas, apenas aguardando a chancela da *dogmática*. Obviamente, cabe esclarecer que a nossa concepção, por certo conduzida por uma crítica criminológica em que o *poder* e, por consequência, a *política* tomam papel central, pouco sentido resta na distinção entre *criminologia* e *política criminal*, vista esta desde o *estudo que orienta o controle social punitivo* (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminologia*, pp. 20-21). Enfim, é “apenas” este confronto entre a *dogmática penal* e o *poder punitivo*, quer dizer, este panorama estratégico alcançado por Liszt, que deve ser resgatado, mantido e posto em vigência.

⁵²⁸ “Desde decenios atrás, la ciencia del derecho penal en sus representantes más eminentes, ha ido distanciándose de la vida. Dispersó sus fuerzas en disputas estériles; prisionera de construcciones abstractas, no se daba cuenta de lo que pasaba por fuera. Creía tener, como antes, las riendas del poder cogidas en las manos, cuando la vida hacía tiempos había dejado de hacerle caso. No debemos prescindir de profundizar las abstracciones conceptuales, pero sí debemos abandonar el doctrinarismo.” (LISZT, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal*, p. 82).

⁵²⁹ “Ma ciò significa ritornare indietro? Tornare ai ‘lumi’? Sicuramente non nel senso di un rivisitare un museo; ma, da un certo punto di vista, sembra evidente l’esigenza di ritornare indietro, pur se, da un altro punto, c’è la necessità di procedere. È necessario ‘ritornare indietro’ per riprendere il dibattito interrotto con l’intervento della ‘polizia’ positivista.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria”, p. 384).

desiderato amplamente necessário – evidentemente não como uma (re)visita ao museu. Vai até certo ponto Ferrajoli, todavia não assume que uma contemporânea recondução de um direito penal liberal deve ancorar-se na negação de uma *teoria da pena*, mormente levando em conta a aplicação que vem sendo feita hoje em dia. Assim, esta operação deve visar a extirpar o germe antiliberal do discurso: “*il grande pericolo del ritorno al diritto penale liberale è quello di tornarvi dimenticando quei germi che esso conteneva: cosa che non va fatta. Assumiamo dai vecchi liberali i principi liberali, ma teniamo accuratamente da parte i germi di illiberalismo contenuti nelle loro teorizzazioni.*”⁵³⁰

Pensando em se considerar, ao menos desde o debate do jesuíta Friedrich Spee von Lengenfeld – este sim, largamente visto, e um ponto nodal diferenciado na crítica penal contra a referida versão fundacional inquisitória do discurso no *Martelo das Feiticeiras* (aposto, não sem algum determinismo, como “*origen y estructura del*

⁵³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria”, p. 386. Em outras palavras, o que se deve evitar é o germe da *ideologia da defesa social*, nó teórico e político fundamental do sistema punitivo que passou a compor tanto a filosofia comum nas ciências jurídicas quanto às *every day theories*. Baratta o descreve desde uma série de princípios, sinteticamente desta forma: “a) ‘Princípio de legitimidade’. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais. b) ‘Princípio do bem o do mal’. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem. c) ‘princípio da culpabilidade’. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador. d) ‘Princípio da finalidade ou da prevenção’. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente. e) ‘Princípio da igualdade’. A criminalidade é violação da lei penal, e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores dos delitos. f) ‘Princípio do interesse social e do delito natural’. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999, pp. 42-43).

discurso crítico en materia penal”⁵³¹) –, juntamente com os posicionamentos dos ingleses Hobbes e Locke, dos alemães Kant e Feuerbach, podendo chegar rigorosamente ao contratualismo penal de Beccaria e Verri, até mesmo no ápice do direito penal na sua versão fundacional liberal com Carmignani e Carrara⁵³², há que se perceber que, em comum nalguma medida, por todos perpassa – como que uma linha tênue comum – uma incontornável contradição que até agora se insinuou, mas no momento cabe se defrontar: a necessidade discursiva de *legitimar* e *limitar* o saber penal ao mesmo tempo.

Em tom literário, eis o momento de afirmar o quase insanável obstáculo – *that’s the rub*. A etapa fundacional liberal “*carregava em seu cerne o germe de seu fracasso, pois a legitimação do poder punitivo tende sempre a romper qualquer limite, tendo em vista não ser nunca racional e só poder basear-se em racionalizações, as quais, na condição de falsas razões, estão propensas a encadear e a varrer qualquer limitação ao poder.*”⁵³³ Em quase todos os autores desta época aparece explicitamente, como dissemos, os *fins úteis da pena* (um *mal necessário*, como é cediço sustentar), ou seja, apõe-lhe como mecanismo de *defesa social* da maioria não desviante contra a minoria desviante. Todavia, a estas finalidades, procurou-se dar limites discursivos deduzidos das próprias premissas legitimadoras. Uma *‘defesa social’ limitada*, mas ainda *defesa social* que, levada ao extremo ou por trás de si, nada mais desemboca e esconde (n)a ideia da *guerra* (ideologia bélica) contra a criminalidade. É simples perceber que o *poder punitivo*, de qualquer forma, acaba sempre por limitar a liberdade e, ao se tentar

⁵³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*, p. 27.

⁵³² Para percorrer a síntese da história das ideias no período, o que se poderia chamar de o racionalismo penal, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*, pp. 69-160.

⁵³³ “*Por isso, a defesa social foi também uma racionalização que, como não podia ser de outro modo, trazia consigo um forte impulso para romper qualquer barreira. Daí o fato de o primeiro liberalismo penal, mediante a defesa social, ter alimentado o futuro declínio do pensamento, que se completou quando a racionalização substituiu totalmente a razão. A decadência do pensar fomentou isso a partir da cúspide do poder social, que nessa nova etapa preferia um saber penal menos pensante, sem impor-lhe limites, a fim de facilitar-lhe um poder de controle que devia disciplinar o proletariado, dificultar e desarticular suas tentativas de coalização e conseguir que produzisse por salários insignificantes. Em tais circunstâncias, era necessário e funcional um direito penal-policia vigilante.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 550).

dar ares legítimos a isso, não se faz algo diferente do que plantar o germe da corrosão dos limites que traça.⁵³⁴

Ainda que não seja necessário empreender maior esforço que este para descortinar como em cada escrita os autores desta época “das luzes” desenvolveram o binômio “paradoxal” *legitimação-limitação*; basta, contudo, para tornar frutífera nossa análise, aportarmos no ponto do *giro discursivo*, ou seja, no momento da viragem do discurso *liberal* clássico para o alvorecer do discurso *positivista – perigosismo-racista –* mormente do século XIX. Pois é ali que se indica onde estava/está imerso o germe do pensamento antiliberal nas entranhas do próprio discurso penal clássico, que possibilitou a profusão de um pensamento de mínimo conteúdo pensante: o *positivismo criminológico* que reativou com força total a *inquisitorialismo – criminologia etiológica –* do baixo medievo.⁵³⁵

O momento, no século XVIII, em que se formula organicamente e de forma expressa a teoria da *ideologia de defesa social* – latente nos modelos ilustrados em geral, entranhada nos postulados “clássicos” – pode ser bem flagrado em Giandomenico Romagnosi. Pensador liberal – nem poderia deixar de sê-lo, embora Ferri vá chamá-lo de “*o espírito mais positivo entre os clássicos*”⁵³⁶, exatamente para confirmar o germe defeituoso do pensamento, como dito em apartado passado, autor do projeto do código italiano para o primeiro reinado de 1807 (*Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno d'Italia*⁵³⁷) – e como homem do seu tempo que era (grudado ao paradigma da ação-reação newtoniana⁵³⁸), na esteira da coação psicológica de

⁵³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 515 e p. 520.

⁵³⁵ Para ver como se deu a coisificação do ser humano, por um viés de racionalização do controle policialesco-racista, ancorado principalmente pelos ideólogos de maior profusão como Lombroso-Ferri-Garofalo, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*, pp. 199- 235.

⁵³⁶ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006, pp. 121-183.

⁵³⁷ ROMAGNOSI, G.D. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia con aggiunte e riforme al medesimo G. D. Romagnosi*. Terza Edizione – accresciuta dall'autore di vari articoli sulla giurisprudenza positiva penale. Prato Nella Tipografia Guasti, 1836.

⁵³⁸ Desnecessário fazemos maiores referências à 3ª Lei de Isaac Newton (1643-1727), aposta no seu *Philosophia Naturalis Principia Mathematica* de 1687: *Actioni contrarium semper et aequalem esse reactionem: sine corporum duorum in se mutuo semper esse aequales et in partes contrarias dirigi*. Quer dizer que a toda ação há sempre oposta uma reação igual; ou as ações mútuas de dois corpos, um sobre o outro, são sempre iguais e dirigidas a partes opostas. Enfim, para toda a força aplicada, existe outra de mesmo módulo, mesma direção e sentido oposto. Um mecanicismo social, agora posto em prática penalmente.

Feuerbach (*prevenção geral negativa*), sustentava que *pena* deveria ser uma força que se opusesse ao impulso criminal: *contro-spinta penale*.

Para chegar a este ponto, deriva a gênese *natural-metafísica* do seu “direito de punir” dos princípios fundamentais do direito natural, em virtude de uma combinação intrínseca de relações fundadas na natureza do homem e nas suas circunstâncias sociais.⁵³⁹ Sobre esta premissa, evidencia o *direito de defesa* de toda a sociedade contra aquele que delinuiu: “*la sociedad adquiere, dada la ‘necesidad’, el derecho de destruir al agresor injusto, pero no mediante la ‘trasfusión’ del derecho del agredido en ella, sino en virtud de un derecho ‘proprio suyo’, distinto, simple y universal, producido por la índole misma de la agregación.*”⁵⁴⁰ Demonstra o “direito de punir” como espécie do genérico *direito de defesa*, modificado pelas circunstâncias sociais. Levando em consideração que, nesta lógica, a *pena* é resposta presente a uma ofensa passada, contudo querendo rechaçar delitos futuros; por certo, assim, *ela* não será uma defesa individual e física, mas um *bem coletivo e moral*. É resposta à violação de um dever social mais conveniente a sua incolumidade.⁵⁴¹

Desta forma, o parâmetro para escolher e graduar as penas úteis, justas e necessárias, unicamente será voltado ao exame dos *impulsos criminais*, os motivos que determinam o ânimo dos indivíduos a cometer os crimes. Tendo-se em conta o fim solitário de *prevenção*, e não da *vingança*, para Romagnosi, a reação penal deveria somente direcionar-se às *causas* que produziram o delito, ou seja, considerar os “*impulsos morais*” que impelem ao crime.⁵⁴² Importante pensar que, com isto, impunha não simplesmente a *dimensão do dano* (tal qual o talião de Kant⁵⁴³) como medida à

⁵³⁹ ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*. Traducción de Carmelo González Cortina y de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1956, p. 08.

⁵⁴⁰ Di-lo-á firmemente: “¿preguntáis, pues, quién es, en el derecho penal, el ‘ofensor’? Os respondo: el futuro malvado. ¿Qué ‘mal’ causa o intenta? Amenaza con toda suerte de daños y de delitos. ¿Contra ‘quién’, o, mejor, cuál es la persona que está en peligro? La sociedad.” (ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*, pp. 97 e 113).

⁵⁴¹ A ideia precisa da função penal para Romagnosi, capaz de sintetizar sua doutrina, é exposta com veemência no “§ 333. – *La idea más obvia de la defensa no ofrece otro concepto que el de una guerra.*” (ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*, p. 125).

⁵⁴² ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*, pp. 184-186.

⁵⁴³ A teoria kantiana da *pena*, já referida, não raro, sem uma enorme margem de erro, é enquadrada sob o rótulo de *teoria absoluta*, pela razão de, supostamente, a *pena* (ou a *lei penal*, aqui dá no mesmo) ser, para o autor alemão, um *imperativo categórico* (“*‘age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal’*” KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 59). O imperativo categórico, visto antes, seria aquilo que representasse uma ação por si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária. Desta forma, superficialmente, a *pena* seria não um *meio*

resposta penal, pois esta sempre seria de caráter fortuito. Sabia que não poderia fazê-lo coerentemente dentro do seu edifício teórico.⁵⁴⁴ Esta força que impele ao delito, para o

mais um *fim em si*, dando-se a entender que a função punitiva não iria em busca de qualquer objetivo ou finalidade. Equívoco de relevo. Obviamente que o universo kantiano concedia uma função à punição, do contrário seria irracional ou dogmático. Todo o arcabouço kantiano, fartamente estudado ao longo de décadas, tem por eixo a avaliação do *ser humano como fim em si mesmo*, daí, sim, o *imperativo ético*, proibindo moralmente que o postasse como simples *meio*. Para a concepção de uma moral autônoma, regida pela própria consciência, seria necessário pressupor a autodeterminação. Daí que se deduz a outra formulação do *imperativo categórico* e o *imperativo prático* será o seguinte: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 69). Estaria afastada a concessão de, via *pena*, buscar-se, por exemplo, a intimidação dos demais indivíduos. Por isso dirá que, “*la pena judicial (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo ‘porque ha delinquido’.*” (KANT, Immanuel. *Metafísica de los Costumbres*. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1989, p. 166). Como asseveram os professores argentinos, Kant deu “*à pena o caráter de um meio que garantisse o próprio imperativo categórico: quis demonstrar que, sem a pena, a garantia do ser humano como fim em si mesmo acaba imediatamente.*” Encontrou, assim, a medida da pena no *talião*, proibindo qualquer amparo em dados empíricos (não lhe convinha, por ser inteiramente *dedutiva* sua teoria, lançar mão de qualquer *casuismo*). Explicando de outro modo, para Kant, a *pena* seria um *dever do estado civil* para a sua sustentação/manutenção (e apenas aqui o *imperativo* existe e é assegurado), para que não imperasse o *estado de natureza* (guerra ou caos) e a correlata mediatização do ser humano: “*daí a necessidade da pena, que não mediatizaria o ser humano porque justamente era a única garantia de seu tratamento como humano (...), longe de ser uma teoria absoluta por concebê-la como fim em si mesmo, é a mais radical das teorias de defesa social, de vez que a vingança talional é a condição imediata do estado civil.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp. 522-523). Em suma, a pena jamais fora vista por ele como um imperativo categórico, um fim em si, pela pura razão da sua automática aplicação em alguém porque delinuiu. Era, sim, um meio para a garantia do imperativo categórico, respaldo, por um lado, para ele de que o homem não seria senão ele um fim em si mesmo e, conseqüentemente, resguardando o Estado Civil.

⁵⁴⁴ Recolhemos o § 1331 da obra, como explanação clássica que afasta a tese geral sobre se a medida do dano pode ser tomada como norma para o estabelecimento das penas: “*desde lo alto de un monte, de un hontanar de cerca de dos metros, desciende un río, el cual de cuando en cuando inunda y hace estragos en tu jardín, que has plantado con un gasto de más de doscientos mil francos. El manantial de donde brota este río es un pequeño lago, que puede ser desaguado en otra parte, con pocos días de trabajo. Tú llamas a un experto para que sugiera la manera de prevenir esos desastres. ¿Qué hace él? Observa el monto del daño que has sufrido; piensa que se debe hacer encauzar la corriente por otra parte, y, una vez computado todo, te presenta un plano, cuya realización implica el gasto de cincuenta mil francos. Y sin embargo, con un gasto ‘muy pequeño’, deducido de la estructura del lago, de la amplitud de la boca y de la cantidad de la corriente, se puede obtener con seguridad el fin deseado, y obtenerlo de una manera segura y permanente. Ahora pregunto: Si tu experto se obstinara en deducir de la magnitud del ‘daño’, la magnitud de la ‘defensa’, ¿acaso no sería o un ignorante o un estafador? Aunque sea cierto que el daño es de más de doscientos mil francos, sin embargo también es cierto que, cerrando la abertura de dos metros, y abriendo otra igual, evitaré de manera definitiva este daño, y lo evitaré gastando sólo cien francos. Pero, ¿cómo llego a esa conclusión? Por el conocimiento de la ‘causa’ y no del ‘efecto’; por el conocimiento del lago,*

autor italiano, surge como resultado do *desejo*, da *possibilidade* de satisfazê-lo e da *esperança* da impunidade.⁵⁴⁵ *Força viva*, como as demais da natureza, as quais não se pode *medir* exatamente. É sobre estas ditas causas de *qualidade moral* que se deveria voltar a reação de punir: “*por lo mismo sabemos que la esencia de la función penal consiste unicamente en un ‘contraimpulso moral’, [não unicamente psicológico] y nada más.*”⁵⁴⁶ Em breve síntese: contrapor uma ameaça da *pena* que fosse análoga à índole presumida do desejo criminoso, e também que guardasse proporção com o grau de sua energia. Mas chegado ao ponto central, questiona-se: como se deve proceder à fixação da quantidade da pena? Sabido é que deve ser adequada à quantidade do impulso ofensivo, quer dizer, suficiente para frear o grau de energia desta força. Logo, então, para conhecer os graus do impulso criminoso, é necessário ter noção da *força* que o compõe: a *potência moral do delito*.⁵⁴⁷ Para o autor, isto somente poderia ser verificado com um exame de vertente empírica, ou seja, localizada caso-a-caso, estudando concretamente em cada sujeito o quanto necessário de pena se adequaria à situação.

Romagnosi, buscando um limite ao seu *contra-impulso* – pois sabia que não podia encontrá-lo meramente na dimensão danosa do resultado, que é sempre fortuita – ou seja, não se podia medir o *impulso criminal* conforme a extensão do resultado, abre espaço à verificação empírica para adequar sua base talional. Na altura do §334 perguntar-se-á sobre a prevenção dos delitos: “¿como ‘prevenirlos’ si no os oponéis a sus ‘causas’? ¿Y como os opondréis a sus ‘causas’ sin obrar sobre el hombre ‘interior’ y sin contener sus impulsos criminosos?”⁵⁴⁸ Assim escrevem Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia com rara clareza: “Romagnosi deixava em aberto a investigação da medida necessária em cada caso, já não de acordo com o que o delinqüente fez, mas sim com o que o delinqüente é. Por este caminho transitará o positivismo criminológico, provocando a decadência do pensamento e a redução do saber penal a mero discurso

del desaguadero, de su situación y de la posibilidad de desviar el agua.” (ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*, p. 469).

⁵⁴⁵ “Sin el ‘deseo’, falta el ‘motor único’ de todo acto; sin la ‘esperanza’ de tener éxito, no se procura ningún medio de ejecución; sin la ‘ilusión’ de evitar la pena que ‘lo amenaza’, se renuncia a cualquier proyecto realizable.” (ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*, p. 504).

⁵⁴⁶ ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*, p. 512.

⁵⁴⁷ Segue: “por lo tanto, la medida del ‘impulso’ es, en su origen primero, ‘idéntica’ a la medida del ‘apetito’ del acto prohibido. Por lo mismo, el ‘contraimpulso’ debe ser, desde luego, proporcional a ‘todo’ este ‘apetito directo’, y nada más.” (ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*, pp. 531-532).

⁵⁴⁸ ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*, p. 125.

policial.”⁵⁴⁹ Por ali trafegou a etiologia criminal mais rasteira que até hoje embrenha-se no pensamento penal. Indubitavelmente, escorregou seu arcabouço teórico – que sem sucesso tentou “legitimar limitando” o poder punitivo – para uma “legitimação ilimitada” que não pôde evitar lançar mão e dar caminho livre aos dados empíricos para sustentar sua versão. Sobre o desafio a *contro-spinta*, medida não sobre a dimensão do dano, a resposta vinda de Ferri esboça bem a premissa da escola positiva: *não existe o delito, existe o delinquente.*⁵⁵⁰ Para que punir o delito se podemos punir o delinquente? Pois, afinal, para o adágio que orientou permanentemente a compreensão positivista, não existe o crime, há apenas o criminoso.⁵⁵¹ Porta escancarada, então; por aí adentrou e avançou a *defesa social* sem limites em seu maior grau.⁵⁵²

⁵⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 526.

⁵⁵⁰ “(...) *con il che è provata la continuità tra Romagnosi, Cattaneo e Lombroso, una linea che parte dalla ‘difesa sociale’ enunciata dal vecchio liberale ed arriva alla conclusione secondo la quale «il delinquente non deve essere colpito – per la difesa sociale – in ragione di quello che ha fatto, ma in ragione di quel che egli è».*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria”, p. 387).

⁵⁵¹ Sustentava Ferri, autor que adequou o reducionismo biológico de Lombroso ao universo propriamente jurídico, que devíamos nos ocupar, sim, do delinquente enquanto viola uma lei penal, pois ela seria apenas sintoma de anormalidade. A notícia do crime apenas reclama o exame do homem que o cometeu, visto este como mera expressão de sua personalidade (periculosidade) criminosa. Logicamente, a sanção deve adaptar-se ao delinquente pelo crime por ele cometido. (FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal – O Criminoso e o Crime*. Tradução do italiano em 1931 por Luiz de Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell, 2003, pp. 183-188).

⁵⁵² Nunca é demais lembrar a enorme influência que as ideias positivistas tiveram na própria formação da escola de direito brasileira. Ponto áureo para adentrar e se fixar amplamente o pensamento deu-se na Escola do Recife. Não obstante, interessante é ver o quanto o ideário estava presente também no primeiro curso de direito do país. A inauguração da Academia de Direito de São Paulo em 1º de março de 1828 apenas veio isto demonstrar. A criação da Revista da Faculdade do velho convento de São Francisco, em 1892, funcionava muito mais como um veículo oficial e institucional do que um instrumento de divulgação de ideias e polêmicas a serem defendidas por seus professores em particular. Era uma publicação cuja marca constante estava na auto-referência a um local – São Paulo – e uma prática – o direito. Na academia paulista era que se encontrava o enaltecido modelo do progresso tão aguardado para o país: liberalismo (conservador), com evolucionismo. Ainda que o discurso racial não tenha prevalecido, como na Escola do Recife (inaugurada no mesmo ano em Olinda, sendo transferida em 1854 para o Recife), havia uma nítida divisão entre o direito e as demais ocupações, formando um espaço especial adstrito aos eleitos, mais assemelhada a profissão a um ato de fé. Na época da fundação da Revista, eram frequentes os artigos sobre direito criminal. Mesmo ali onde o determinismo racial da escola criminal italiana era visto com ressalvas – diferente do pleno encampamento destas ideias ditas de vanguarda pela Escola do Recife –, nada impediu que: “*Enrico Ferri, por exemplo, professor da escola italiana de direito penal, que visitou a faculdade em 14 de novembro de 1908, [tenha sido] recebido, segundo relato da revista, com o entusiasmo dos alunos ‘que com euforia atiravam-lhe flores e estrepitosos aplausos’ (RFDSP, 1909:239).*” Assim, apesar das dessemelhanças marcantes entre as Escolas de São Paulo e do Recife, esta última, francamente colada ao darwinismo social, há um caldo comum que importa

É sobre o valor *defesa social* que se camuflou e se atualiza reiteradamente, desde sempre, a ideia de “guerra suja”⁵⁵³ atinente ao discurso de *segurança pública*, retrato outro dos velhos discursos de segurança nacional que alimentou os regimes ditatoriais pela América afora. A outrora chamada *ideologia de segurança nacional* de tempos ditatoriais⁵⁵⁴, agora substituída, por vezes, por uma falaciosa *segurança cidadã*, nada mais fez que transferir e repontuar o poder das agências militares para as policiais⁵⁵⁵, tudo isto legitimado pela *imagem bélica* do discurso punitivo, mormente na transição autoritária operada em países da América Latina como o Brasil.⁵⁵⁶ Não é à toa o (quase)

pontuar, principalmente quanto ao caso paulista: “*Enquanto na Escola de Recife um modelo claramente determinista dominava, em São Paulo um liberalismo de fachada, cartão de visita para questões de cunho oficial, convivía com um discurso racial, prontamente acionado quando se tratava de defender hierarquias, explicar desigualdades. A teoria racial cumpria o papel, quando utilizada, de deixar claro como para esses juristas falar em democracia não significava discorrer sobre a noção de cidadania.*” (Cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, pp. 141-188; cits. pp. 179 e 186).

⁵⁵³ Afirmação de Ferri pode bem retratar esta ideia de equiparação do invasor inimigo com o criminoso: “*Quando a sociedade, em qualidade de pessoa, de corpo coletivo, vivente, rechaça o ataque de um invasor inimigo, então estamos no caso da defesa pessoal diretamente exercitada, como quando o indivíduo se desembaraça de um ladrão de caminho; não se trata propriamente falando do direito punitivo, senão de um caso de guerra defensiva. É o que acontece também no suposto de que um agente da força pública se aponha em nome da sociedade, a uma agressão direta dirigida para um ou vários indivíduos: ali é a sociedade quem exerce por delegação a defesa pessoal defendendo-se ela mesma no indivíduo atacado.*” (FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*, p. 62). Aqui nota-se nitidamente a espreita a *coerção direta* que tende sempre a dominar o horizonte da punição como miríade do pensamento inquisitorial.

⁵⁵⁴ HINKELAMMERT, Franz. *Democracia & Totalitarismo*, pp. 211-228. Para os efeitos penais, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*, pp. 394-397.

⁵⁵⁵ Para o caso brasileiro, cf. ZAVERUCHA, Jorge. *Collor, Itamar, FHC e os militares*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000; sobre o período de 1999 e 2002 mais profundamente a militarização operada na segurança pública, ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia (1999-2002)*. Rio de Janeiro: Record, 2005, pp. 125 ss.. Ademais, recompondo o fio da herança autoritária da própria Constituição da República Federativa do Brasil, que permitiu a transposição da estrutura do regime ditatorial civil-militar nacional – a saber, no que se refere às cláusulas relativas às Forças Armadas, Polícias Militares Estaduais, sistema judiciário militar e segurança pública em geral, pasme-se, foram mantidas praticamente idênticas as ordenações da Constituição autoritária de 1967 e sua emenda de 1969 –, ver ZAVERUCHA, Jorge. “Relações Civil-Militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988”. In: *O que Resta da Ditadura*. TELES, Edson; SAFATLE, Vladmir (orgs.). São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 41-76.

⁵⁵⁶ O enigma da legalidade autoritária, advinda do paradigma da segurança nacional, talvez passe, como apregoa Pereira, nos casos mais específicos com os do Brasil, Chile e Argentina pela relação disposta entre os sistemas judiciários e militares destes países. No sentido de impor soluções institucionais aos problemas da organização da repressão, ou estes contatos dão certo e estabelecem vínculos entre esses dois grupos – como parece indicar ser o caso brasileiro – ou fracassam fazendo com que se distanciem. Assim, o grau de consenso, integração e cooperação entre militares e o Judiciário é uma variável fundamental, já que os regimes autoritários se dão o trabalho de judicializar a repressão e legitimar seu poder com algum grau de embasamento

total descrédito dos discursos críticos de respeito à dignidade humana, a desvalorização das atitudes de limitação da violência punitiva e a larga apresentação destes comportamentos como mera convivência à delinquência. O que reflete, como se verá, no caldo cultural totalitário que se alastra nos mais diversos atores da intervenção penal. Basicamente, quando pautamos nosso exercício punitivo no confronto, na *pena* como mero mecanismo de *defesa da sociedade* contra aqueles que “nos” querem destruir – “*se c'è difesa, è perché c'è attacco, e se la difesa e l'attacco sono continui ci troviamo in presenza di una guerra*”⁵⁵⁷ – nada nos resta senão a visão tacanha de legitimar a ação eficaz de “nossos soldados”. Na guerra se deve operar com eficácia, por óbvio, nada de atitudes polidas. E, desde uma fácil e vendável composição midiática, a “opinião pública(da)” se move amplamente a criticar a fragilidade do embate contra a “marginália” (ou qualquer outro bode expiatório da ordem do dia). Resultado disto? Nada diferente, a este método, do que a indiferença a qualquer limite.

Para que se recapitule e se retome o fio condutor. O referencial *garantista*, quando aporta na justificação da *pena*, pouco inova, ainda permanece sob os auspícios das tradicionais teorias. Refaz o percurso liberal apenas reformando o discurso utilitarista, por isso em nada condiz ao discurso *negativo/agnóstico* da *pena*, claramente, por pautar uma função *positiva* à punição. Neste patamar, ainda que numa escala mais restrita, dá azo aos *Estados de polícia* que permeiam os reais *Estados de direito* contemporâneos, legitimando-os. De nenhuma forma escapa desta problemática – mesmo que retorne ao discurso liberal com um acerto enorme. Mais. Não se dá a chance, entretanto, de se desgrudar da incoerência “legitimar para limitar”, mantendo-se nesta base frágil. Conduz, enfim, novamente este antagonismo sob nova face.

Há, inobstante, outra chave de interpretação, muito mais contundente, que não pode ser descartada, quanto à relação delinquência e direito penal, em especial, quando lançamos mão da análise do problema da reforma penal no século XVIII. Será o seu próprio raciocínio de cálculo econômico, melhor dizendo, seu filtro utilitário como princípio da inteligibilidade, que será recapitulado pela análise neoliberal no século XX. Isto, antecipe-se, demonstra firmemente uma continuidade, em seu gene defeituoso, do

legal. Cf. PEREIRA, Anthony W.. *Ditadura e Repressão: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Tradução Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010, pp. 283 ss.

⁵⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria”, p. 389.

pensamento ilustrado em matéria penal que terá seu escrutínio de forma mais pungente quando da forma econômica do *mercado* em sede do pensamento neoliberal.

O aspecto a se analisar é aquele atinente ao imbricamento de comportamentos não econômicos através de uma grade de verificação economicista – elemento claramente encontrado no dito pensamento ilustrado (“contratualismo penal”) em matéria criminal. É na análise econômica da criminalidade, segundo Foucault, feita pelos neoliberais norte-americanos no século XX (principalmente da Universidade de Chicago, Isaac Ehrlich, Georg J. Stigler e Gary Becker) que podemos talvez surpreender mais facilmente, sob novo ângulo ainda, nosso caudal de *defesa social* dos reformistas do século XVIII⁵⁵⁸, já espelhados na questão da *economia política*. Ao ponto. Havia uma grelha econômica que era aplicada sob a mentalidade crítica dos reformadores do XVIII. Bentham e Beccaria, para ficarmos em dois exemplos emblemáticos, tinham, de fato, como preocupação fulcral uma questão econômica: elaboraram uma reflexão de estilo econômico sobre o exercício do poder punitivo. O *homo penalis* é, neste sentido, um *homo oeconomicus*: “tratava-se de calcular economicamente, ou em todo o caso de criticar em nome de uma lógica e de uma racionalidade econômica, o funcionamento da justiça penal tal como podia ser constatada e observada no século XVIII.”⁵⁵⁹ O custo da delinquência sob uma razão de *utilidade* é o mote que apenas acabou sendo recobrado pela escola neoliberal americana, por isso pouco surpreendente – apenas porque, quiçá, ignoremos que mesmo sendo “liberais penais”, continuam a ser “liberais”⁵⁶⁰ – o mesmo tom, supostamente crítico e mitigador das penas, não muito depois, servir para o incremento do sistema penal.

Obviamente que, aos finais do XVIII, o *princípio de economia*, que passou a vigorar, tinha como esteio a solução *legal* – a *lei* como meio mais econômico e eficaz de punição. Mas o momento mais importante a se notar, no tocante ao nosso argumento,

⁵⁵⁸ Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 65-86.

⁵⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. Curso dado no Collège de France (1978-1979). Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 340.

⁵⁶⁰ A análise da *biopolítica*, que tem como núcleo central algo que se chama *população*, segundo Foucault, só poderá ser feita, ademais, “quando se compreender o regime geral que podemos chamar de questão de verdade – antes de mais nada da verdade econômica no interior da razão governamental –, e, por conseguinte, se se compreender bem o que está em causa nesse regime que é o liberalismo, o qual se opõe à razão de Estado, ou antes, a modifica fundamentalmente sem talvez questionar seus fundamentos. Só depois que soubermos o que era esse regime governamental chamado liberalismo é que podemos, parece-me, apreender o que é a *biopolítica*.” (FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, p. 30).

vem a ser quando da entrada no século XIX. Esta questão poderá ser tensionada ao se identificarem os contornos precisos, na transição ao século XIX, de algum “efeito paradoxal” a retratar, pois, outro viés da continuidade entre o *discurso liberal* e a entrada em cena do pensamento da *escola positivista*. Se a existência da lei penal (a necessidade de punir) está assegurada pelo fato de que ela sanciona unicamente os atos dos indivíduos, a sua aplicação efetiva somente faria sentido na medida em que se punisse, de forma gradual e diferenciada, um indivíduo. Vimos isto refletido no diálogo Rogmanosi-Ferri. Pois nisto desenhou-se a *tendência interna a todo o sistema penal*⁵⁶¹, quer dizer, a modulação cada vez mais individualizante da aplicação da lei, abrindo campo para as suas problematizações biológicas (Lombroso), psicológicas (Garofalo) e sociológicas (Ferri) em sede de ciência criminológica. Nasce o *homo criminalis* reciprocamente a toda uma série de técnicas (disciplinares) direcionadas contra quem se aplica a lei. Então, é uma rigorosa e econômica mecânica da lei, oriunda das técnicas reformistas do século XVIII, que possibilitou e deu espaço à substituição por uma plêiade de saberes e a inflação de instâncias anexas à judicial, todas prontas a parasitar, com medidas individualizantes em termos de *norma*, e a legitimar o sistema penal.

3.4 Excursus sobre a Teoria Materialista da Pena

Importante pensar, no momento a título de *excursus*, as (s)implicações de uma teoria *materialista/dialética* da pena criminal neste contexto, posição que encontra nacionalmente ancoragem de força nos escritos de Juarez Cirino dos Santos. Desde uma construção feita a partir de uma larga tradição que vai do pensamento de Pasukanis⁵⁶² (sobre a explicação da relação *capital/trabalho assalariado*), Rusche e Kirchheimer⁵⁶³ (acerca a correspondência *sistemas de punição/relações produtivas*), passando por Foucault⁵⁶⁴ (em sua *economia política do corpo*), Melossi e Pavarini⁵⁶⁵ (*cárcere e fábrica* como sendo a matriz histórica do capitalismo) e chegando fundamentalmente

⁵⁶¹ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, p. 342.

⁵⁶² PASUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução, apresentação, índice e notas por Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, pp. 143 ss.

⁵⁶³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed.. Tradução, revisão técnica e nota introdutória Gizlene Neder. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2004.

⁵⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 117 ss..

⁵⁶⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2006.

em Baratta⁵⁶⁶ (demonstrando, em sua política criminal alternativa, a função de *reprodução social desigual do sistema penal*), retoma a necessidade de revelação da natureza *real* ou *latente* da *pena* nas sociedades contemporâneas.⁵⁶⁷

Com relação à teoria *agnóstica* da *pena*, não vemos ambos os modelos, entretanto, como excludentes entre si, ao menos se fizermos um pequeno esforço. Os apanhados fazem parte de um universo de *discurso crítico*, assumido pelo próprio autor como possuidores de métodos diferentes e propósitos comuns.⁵⁶⁸ O resguardo que, todavia, perfaz o autor, vai no sentido de rechaçar, sob o ponto de vista *conceitual*, o componente *agnóstico* da teoria, pois aparentemente demonstraria renúncia à cognição das funções *reais* do *sistema penal*, bem como desinteresse científico sobre aquelas ocultas, rompendo com a tradição histórica da *Criminologia Crítica*. Sob o viés *metodológico*, de sua parte, a teoria *negativa/agnóstica* da *pena* criminal descartaria o conceito de *modo de produção* da vida social, definidor da articulação das *forças produtivas* materiais em determinadas *relações de produção* históricas. Ainda, por fim,

⁵⁶⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal*, pp. 147 ss.

⁵⁶⁷ “Em linhas gerais, pode-se dizer o seguinte: a) por um lado, a pena criminal realiza a função fundamental de retribuição equivalente da sociedade burguesa, executada mediante a função de neutralização de condenados reais – eventualmente, com função complementar de intimidação de autores potenciais; b) por outro lado, a função de prevenção especial positiva de correção individual através da execução penal – destruída pela experiência histórica e arquivada pelo *labeling approach* –, assim como a função de prevenção geral positiva de afirmação da validade da norma – desmantelada pela demonstração materialista/dialética da correlação sistema penal/mercado de trabalho, porque os sistemas de produção descobrem a punição correspondente às suas relações produtivas (RUSCHE/KIRCHHEIMER) e porque a disciplina do sistema punitivo, como mecanismo do poder para produzir indivíduos dóceis e úteis, constitui instrumento de controle diferencial das ilegalidades (FOUCAULT), com o objetivo de adequar a força de trabalho às necessidades do capital, determinada pela correlação cárcere/fábrica (MELOSSI/PAVARINI) – constituem discurso oficial legitimador das funções reais ou latentes da pena criminal, que garantem a desigualdade e a opressão social da relação capital/trabalho assalariado das sociedades contemporâneas. 4. Assim, a pena criminal significa retribuição equivalente do crime nas sociedades capitalistas – fundadas no valor de troca medido pelo tempo (a) do trabalho social necessário, na economia e, por isso, (b) de liberdade pessoal suprimida, no Direito -, que não pode ser justificada pelas teorias preventivas isoladas ou unificadas da pena criminal, como valores de uso atribuídos à retribuição equivalente da pena criminal. Porém, não é possível ignorar: a pena como retribuição equivalente do crime exprime um Direito Penal desigual, como programa de criminalização seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho, orientado por indicadores sociais negativos (pobreza, desemprego etc.) que ativam estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais dos agentes de controle social, cuja natureza emocional menos ou mais inconsciente contribui para deformar os mecanismos psíquicos dos protagonistas do sistema penal, excluindo ou reduzindo a função de critério de racionalidade atribuído à dogmática penal.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, pp. 36-37).

⁵⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena*, p. 14.

desde as *formas jurídicas*, a teoria pareceria cancelar as dimensões de *realidade* e de *ilusão* das formas ideológicas de controle social nas sociedades de classes antagônicas.

Se algo de importância restou esquecido, esperamos que isto não comprometa o devido contraponto. Talvez, se com maior vigor nos debruçarmos em alguns pontos, vejamos que a comunhão é mais ampla do que à primeira vista possa transparecer. Difícil empreender um raciocínio no sentido de que a teoria *negativa* da *pena* olvidaria a análise das suas funções *reais*. Muito pelo contrário. Asseveram Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia⁵⁶⁹ que uma das razões da postura *negativa* acerca da *pena* é exatamente a que, de forma inversa – com as teorias de funções *positivas* – estaríamos ocultando o modo real de funcionamento do exercício do poder punitivo, legitimando-o em consequência. Ou seja, tremendamente importante é o estudo das formas ideológicas de controle social que incorpore, como visto, fenômenos punitivos *latentes* e *eventuais* ao horizonte de um direito penal limitador. Fundamental, sim, a análise, para a ciência criminal, das latentes tarefas a que se presta e que desempenha, em certos contextos e temporalidades, a *pena* criminal. O que não se quer dizer que isto sirva para dar lastro a uma justificação de seu poder, muito menos, para pautar a atuação do ator jurídico.

Por óbvio, mais legítimas serão as decisões das agências judiciais quanto mais forem reconhecidos os funcionamentos ilegítimos da *pena*, contudo isto nada diz respeito com pautar as decisões das agências judiciais a um *fim da pena*. Não se fala em afastar o estudo – que é imperativo – das *relações de poder* que estão em jogo pontualmente na punição. Dizer que as funções latentes não são conhecidas em sua generalidade – e não o são mesmo, a menos que vissemos o enorme complexo de poder relativo à *pena* de forma estática e obedecendo ao mesmo regime de forças permanentemente – não é ignorá-las ou descuidar de sua análise, é simplesmente abrir mão de elaborar um campo *positivo* para repousar a *pena*, afastar, em outras palavras, uma atuação justificada para a cominação da dor. Uma *teoria agnóstica da pena* não é ingênua para deixar de perceber e estudar as peripécias do poder vigilante nas funções manifestas, todavia é *agnóstica*, menos por não conhecer “A” função que se dá à *pena*, do que por pensar que a atribuição de alguma função definitiva seja incabível e desnecessária no panorama da construção do conceito.

⁵⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 96.

Agora, na esfera dos metarrelatos legitimadores em que se encontra o marxismo, matriz forte que vai beber o pensamento *materialista/dialético* da *pena*, com o peso que se impõe, acaba por si mesmo esmagado. Amiúde, ao longo do tempo, construímos generalizações no tocante à *pena*, como se *ela* obedecesse a mesma dinâmica; seja para tensionar a discussão num delito de *rixa* (137 CP), passando por “*impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas*” (art. 48 da Lei 9.605/1998), seja chegando ao crime de *gestão temerária* (parágrafo único do art. 4º da Lei 7.492/1986). Desta outra parte, é isto que se fala, pois gostemos ou não, se opomos, a um arcabouço de discurso oficial (teorias repressivas/preventivas), outro pensar de índole alternativa, mas, ainda assim, o fazemos com o mesmo valor (absoluto), apenas com sinal invertido, pouco avançamos para escapar do círculo vicioso da totalidade. Já destacava Barreto, que suscitamos *in abstracto* a questão da punição sem distinguir e apreciar os fatos puníveis, como se todos os contextos obedecessem a mesma regra. A nossa insensatez, na maioria dos casos, está em não perceber que “*não têm todos o mesmo caráter, nem se deixam medir pela mesma bitola.*”⁵⁷⁰ Enfim, para que não se estenda demasiado, mesmo que assumamos uma recorte crítico *materialista/dialético* como instrumento de análise, sempre bem-vindo, o que se torna forçado é assumi-lo como crivo de análise total da realidade penal. De maneira que toda a problemática da *pena* pudesse ser reduzida aos “macroaportes” dos *modos de produção* (sem jamais esquecer sua importância); como se houvesse uma chave mestra para ler o poder penal em toda sua complexidade que, como dito, extrapola e muito o mero exercício de punir. Uma teoria *materialista* da *pena*, não raro, suma, acaba por reduzir o complexo heterogêneo atinente à *pena*, no esforço hercúleo de responder à pergunta “o que é a pena?” de forma peremptória e definitiva.

Deixar de lado, evidentemente, o conceito e implicações naturais dos *modos de produção* da vida social numa sociedade como a nossa com certeza não será o caminho. Apesar disso, um conteúdo *agnóstico* da *pena* não fica nele circunscrito, sob preço de não alcançar minimamente um olhar que se pretenda não engessador da dinâmica social. Que leve em consideração este ponto, por certo – e o faz largamente como elemento entre outros para examinar, por exemplo, a *seletividade* do sistema penal –, no entanto, que se tenha certa vigilância epistemológica no sentido de atentar que a leitura economicista (histórico-materialista de origem marxiana) é mais um dos grandes

⁵⁷⁰ BARRETO, Tobias. “O fundamento do direito de punir”, p. 177.

sistemas de pensamento que se esforça(ra)m inutilmente em oferecer uma visão global do fenômeno social. Descabe, neste espaço, discussões mais profundas, senão aquelas já insinuadas e outras que a frente serão trazidas. Apenas recomendável perceber que tal ambição de enfoque universal não tarda em dar as mãos para faces outras de totalitarismos das mais diversas estirpes. Encarar o manancial teórico marxiano, diga-se claramente, como um instrumento dentre outros, é no que aposta a teoria *agnóstica*, fazendo com que este referencial se desloque do centro (totalizador) que tudo atrai e explica (inclusive a *pena*). Deixar este lugar órfão, tal é a tarefa para que leiamos as forças em jogo e verifiquemos como o papel de limitador do poder punitivo pode ser exercido de forma mais adequada pelo discurso jurídico.

3.5 A Pena como *Dispositivo* Político: ou o direito penal como “discurso-limite”

Cultivamos a esperança de que em tal ponto onde estamos – se é que ainda não foi percebido – alcançamos um momento, por assim dizer, de “indecidibilidade” do discurso. Desde a ideia que norteou nosso argumento – na direção do desenvolvimento de uma teoria *agnóstica* da *pena* visando à limitação do poder punitivo –, utilizando-nos de alguns referenciais teóricos firmes, este panorama nos convoca a um estado em que a tecitura do escrito torna quase impensada a distinção entre o autor e o intérprete, posição de profundo êxtase, menos pela análise própria de textos em si do que pela particular felicidade de poder proceder ao raciocínio por conta própria.

Podemos dizer, com pouca margem de erro, talvez, que mais profícuo do que pensar na superação do direito penal por alguma maneira – acabando por esquecer que se poderá estar embarcando numa vã discussão, pois se trata de imaginarmos, antes modelos outros de sociedade (dos quais somos partidários) e depois uma situação cuja realização dependerá de outros fatores (menos imediatos), menos do poder discursivo jurídico-penal – o desafio maior implicado diga respeito a atuar no local onde se vivencia o direito penal: na fronteira, na *linha*, ou seja, diante do clássico problema acerca da *zona crítica da linha* que entrelaça o *direito* da *política*. Dirá Martins desde Heidegger, “*que el reto implicado en el límite no es tanto el de su transgresión, sino,*

*sobre todo, el de adecuarse a su propia 'presencia'.*⁵⁷¹ Nossa responsabilidade está, síntese, em refletir sobre este eterno questionamento e fugir de algum tom lírico no discurso penal manifesto na impotência de encontrar um fundamento racional à punição.

Tendo alguma paciência, veremos que o exame desta problemática passa, vigorosamente, pelo trabalho com a categoria do *limite*; questão esta que extrapola os contornos do mero enunciado semântico. Propõe-se, neste sentido, uma “abertura” à figura do *limite*. Falamos aqui, pois, de uma palavra, mas de enorme importância quando arriscamos a adentrar no nó conceitual desta *figura*. O *limite*, assim, para Heidegger, é aquilo a partir do qual algo começa a ser: “*la frontera* [aqui leia-se, mais profundamente, como limite, pois é ele o material com que trabalha a fronteira] *no es aquello en lo que termina algo, sino, como sabían ya los griegos, aquello a partir de donde algo 'comienza a ser lo que es' (comienza su esencia).*”⁵⁷² Limite é aquilo que demarca, evidentemente, e o discurso científico para fundar-se como saber deve, pois, delimitar sua extensão, ou seja, seu âmbito de abrangência que, por consequência, irá debruçar seu poder. Dá-se assim com qualquer domínio científico. Sobre si, quer dizer, ante o mecanismo do *limite*, recai uma experiência de *ordenação* e de *diferenciação*. A fronteira foi dada ao ramo penal localizadamente quando se especificou o que seria *pena* (seu “objeto de domínio”): enquadrou-se o direito penal para delimitar seus contornos. Firmou-se o conjunto de forças, todavia como vimos, na sua função *positiva*, legitimando-a, conseqüentemente também o próprio *poder de punir*, fundamento último da *soberania* inaugurada no medievo. Entretanto, basta a fixação do marco para pressupor, no momento posterior, a ultrapassagem/transgressão do *limite*, principalmente quando estamos tratando, no âmbito penal, com um campo de pulsões punitivas inerentes a qualquer momento histórico. Ao longo do tempo, ficamos perdidos, como atores jurídicos – arriscamos dizer –, na *vertigem* do conceito de ciência penal fundado na *evidência* da pena,⁵⁷³ perdendo-se gradualmente a força do discurso jurídico limitador.

⁵⁷¹ MARTINS, Rui Cunha. *El Método de la Frontera: radiografía histórica de un dispositivo contemporáneo (matrizes ibéricas y americanas)*. Traducción de Manuel del Pino. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 157.

⁵⁷² HEIDEGGER, Martin. “Construir, habitar, pensar”. In: *Conferencias y artículos*. Traducción de Eustaquio Barjau. Barcelona: Ediciones del Serbal, 1994, p. 114.

⁵⁷³ Vetor posto a circular com maior precisão no apanhado final, mas que cabe dizer: a demarcação do saber, seguindo Gil, como exigência da própria inteligibilidade, funda-se em si mesma e torna-se um *fundamento*, exatamente pela *vertigem* da *evidência* (aquilo que dispensa a *prova*), ocultando sua *fundação*. A saber: “*a fundação é algo que tem que se descobrir para lá*”

O discurso penal, suma, é um “*discurso-limite*”, diria melhor, propriamente, *sobre o(s) limite(s)*, fundamentalmente sobre suas interfaces com o *poder*, a *guerra* e a *política*. Desde nosso arrazoado, ele se investe de algumas propriedades que, dependendo do viés que se tome, poderá atuar com diferentes funções; nunca perdendo de vista a flexibilidade de *táticas* não universais em prol de uma *estratégia* clara de *limitação do poder punitivo*, na busca de salvar o maior número possível de vidas humanas. Sua operacionalidade varia de acordo com o ponto em que estamos, mas isto tendo em consideração sempre a redução de violências e a evitação de sofrimentos. É uma *fronteira*, um local de passagem de um domínio ao outro, por isso tenso. É a imagem da *porta* de Simmel⁵⁷⁴ (ou o já visto *dique* de Zaffaroni) que nos convoca e vem bem a calhar – e nunca há se de esquecer que estes operadores possuem autoria, sobre eles, no caso penal, recaem as digitais, como se verá, fixadas pelos atores

da evidência manifesta do fundamento. É assim porque ‘uma ocultação da fundação pelo fundamento’ é um efeito do excesso da evidência: (...) o ‘lugar’ bem demarcado do fundamento ‘eclipsa’ a evidência da fundação. Faz parte da alucinação do fundamento estabelecer-se como ‘auto-suficiente’, como se não tivesse sido instituído.” (GIL, Fernando. “Evidência e demarcação”. In: *Modos de Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 403).

⁵⁷⁴ Em texto de 1909, para Simmel, a ponte e a porta trazem a duração sólida de uma criação visível às formas que regem a dinâmica de nossas vidas. Confronta-nos com a ambiguidade das coisas na imagem exterior, que tanto podem se inter-relacionar por associação/dissociação. Num sentido imediato, o autor avalia que, seja simbólico, corporal ou espiritualmente, a cada instante, somos nós que separamos o que está ligado ou voltamos a unir o que está separado. E é pela *ponte*, retrato de desejo de junção, coagulação do movimento por uma estrutura sólida, que se opera o milagre do caminho. Ela aparece como extensão da nossa esfera volitiva no espaço, retratando a junção sensível entre termos dissociados. Quer dizer, entre divisão e reunião, ela acentua esta última. Não obstante, a *porta* demonstra como a complexidade do jogo separação-reaproximação ilustra partes do mesmo ato. A *porta* promove um corte na continuidade infinita do espaço e “*comme justement elle peut aussi s’ouvrir, sa fermeture donne le sentiment d’une clôture bien plus forte, face à tout cet espace au-delà que ne le peut la simple paroi inarticulée. Cette dernière est muette, alors que la porte parle.*” Ao homem é profundamente essencial, dirá o autor, dar-se limites, mas livremente, de maneira que possa a vir a superá-los, suprimi-los – colocar-se fora deles (SIMMEL, Georg. “Pont et porte”. In: *La Tragédie de la culture et autres essais*. Traduit de l’allemand par Sabine Cornille et Philippe Ivernel. Précédé d’un essai de Vladimir Jankélévitch, Paris: Editions Rivages, 1988, p. 164). Na *porta*, ainda, esteticamente o limite se aproxima do ilimitado, ao contrário da *ponte* condenada a ligar o finito ao finito. Naquela, a possibilidade de uma troca durável se sobrepõe a qualquer isolamento estrito. Por outro lado, na *porta*, a prescrição de segurança se perde em prol da vida expandida em todas as direções. Dissociação e religamento concentram-se do mesmo modo como prestações humanas na figura da porta, determinando seu cariz, pode-se dizer, mais rico e eminentemente político. Porque, afinal, “*l’homme est l’être de liaison qui doit toujours séparer, et qui ne peut relier sans avoir séparé (...). Et l’homme est tout autant l’être-frontière qui n’a pas de frontière. La clôture de sa vie domestique par le moyen de la porte signifie bien qu’il détache ainsi un morceau de la ininterrompue de l’être naturel. Mais de même que la limitation informe prend figure, de même notre état limité trouve-t-il sens et dignité avec ce que matérialise la mobilité de la porte: c’est-à-dire avec la possibilité de briser cette limitation à tout instant pour gagner la liberté.*” (SIMMEL, Georg. “Pont et porte”, p. 168).

jurídicos. Menor importância no momento tem a figura da *ponte* que está condenada a produzir ligação, enquanto a *porta* pode abrir-se ou fechar-se por opção: “*la porte devient alors l’image du point-frontière où l’homme, en permanence, se tient ou peut se tenir*”. Diferentemente da figura da *ponte* – indiferente atravessá-la numa direção ou na outra –, a *porta* indica uma total diferença de intenção a depender se se entra ou sai: “*là-dessus repose le sens plus riche et plus vivant de la porte, comparé au pont, sens qui se révèle aussitôt par ce fait qu’il est indifférent de franchir un pont dans une direction ou dans l’autre, alors que la porte indique au contraire une totale différence d’intention selon qu’on entre ou qu’on sort*”.⁵⁷⁵ Noutros termos, pode articular-se, politicamente, fechada ou aberta, dependendo do contexto em que se encontre.

Na ordem do dia, se quisermos, o *Estado de Polícia* sobre o qual se falou pode implicar, doutro ponto, ao menos sob a égide de uma política interna, uma série de objetivos *ilimitados*, encarregando-se não somente da atividade de grupos, mas de cada indivíduo até em seu mais tênue grão, pois, afinal, quem governa com a *Razão de Estado* tem por tema um objeto infinito. Em suma, o porquê de seu caráter *expansivo*. O que não implica dizer, reafirma Foucault, que haja impossibilidade de um certo número de mecanismos de compensação, ou posições a partir das quais poderá se procurar estabelecer uma linha de demarcação, uma fronteira para este objetivo ilimitado que é prescrito ao *Estado de Polícia* pela *Razão de Estado* – componente inarredável também de qualquer Estado Democrático. Houve formas, das mais variadas historicamente, de oposição a esta lógica com a própria teologia e as teorias do direito natural e do contrato. Todavia, a busca incessante de limites à *Razão de Estado* tem lugar privilegiado no discurso jurídico. Se a instituição judiciária funcionou na Idade Média como prática de redução dos complexos jogos de poder feudais em prol da multiplicação e centralização do poder real, o direito passa a funcionar, a partir dos séculos XVI e XVII, como “*ponto de apoio*” para todo aquele disposto a encontrar uma “*limitação à indefinida Razão de Estado que toma corpo num Estado de Polícia*”.⁵⁷⁶

Aquelas engrenagens discursivas que agora tomam forma como teorias do que poderíamos chamar direito público, antes intrínsecas ao desenvolvimento do poder real, tornam-se, de certo modo, exteriores ao exercício de um governo segundo a *Razão de Estado*. Manteve-se uma perpétua tentativa de limitar estas “razões”, ao menos desde

⁵⁷⁵ SIMMEL, Georg. “Pont et porte”, p. 165.

⁵⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, p. 11.

os séculos XVI e XVII, encontradas na razão jurídica. A posição *extrínseca* à *Razão de Estado* da razão jurídica é outra maneira de dizer que a *razão jurídica* não poderá possuir um funcionamento senão puramente *limitativo*.⁵⁷⁷ Talvez aí a crise hoje vivenciada a partir do momento em que a limitação interna, ou a promulgação de uma nova *arte de governar* passou a ser ditada e regulada a partir do século XVIII pela *economia política*.

Da mesma forma que o processo penal não está condenado a funcionar como uma mera ponte – neste caso, leia-se, mera reprodução dinamizada, simples realização própria da punição (aposta pelo direito material) –, ele deve, sim, funcionar como opção política, tal como o mecanismo da *porta*, como resguardo às exteriores demandas punitivas e (por que não?), igualmente, aos transbordamentos interiores de seus próprios atores prenes do mesmo desejo. Deve barrar frontalmente estas pulsões, contê-las inclusive internamente, mas articular as decisões, de acordo com o contexto. Poderá, por exemplo, barrar completamente a produção da prova por iniciativa ou prolongamento judicial ao passo que, sob o mesmo dispositivo, deverá aceitar e dar validade àquela prova ilícita em favor do réu. Ao mesmo passo que, no momento da interpretação – digamos, agora, em sede de dogmática penal –, os limites de exculpação da tipicidade, da ilicitude ou culpabilidade devem ser continuamente ampliados, com nítida força centrífuga. Em contrapartida, a legalidade das prescrições taxativas, nos limites em que a linguagem permitir, deverá ter em si uma força centrípeta de incriminação. É assim, dada a lição de Simmel, que nosso estado limitado como ciência penal ganha sentido e dignidade, pois mobiliza e materializa no discurso aquilo que há de potência na figura da *porta*: a possibilidade de quebrar o limite, e, como opção política, ganhar a liberdade.

Atentarmos, doutra parte, para os mecanismos de *repressão* (no sentido amplo de incitar, suscitar, produzir), em que a *pena* toma um lugar privilegiado (de maneira prévia pudemos anotar), entretanto, devemos nos afastar da leitura meramente economicista da teoria do *poder*, aporte já levantado por Foucault.⁵⁷⁸ Um certo *economicismo* que coopta a análise do *poder*, como se este fosse, por um lado, um bem a se transferir ou alienar e que, por outro, exercesse simplesmente o papel de manter as

⁵⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, p. 14.

⁵⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Livros do Brasil, 2006, p. 28.

relações de produção a reconduzir a *dominação de classe*. Esquema jurídico *contrato-opressão*⁵⁷⁹ fundado, desde o XVIII, quando o *poder* era cedido, constitutivo da soberania, e que tinha no contrato a matriz do seu poder político.⁵⁸⁰ Sobretudo, deve-se

⁵⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade*, p. 31.

⁵⁸⁰ Aqui necessário lembrar as preciosas passagens sobre o *método* trazidas na sua *Vontade de saber*. Sobre os mal-entendidos acerca do termo *poder*, convém precisar que não se trata de um “*sistema geral de dominação exercida por um elemento ou grupo sobre o outro e cujos efeitos, por derivações sucessivas, atravessem o corpo social inteiro.*” (FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I – a vontade de saber*. 10ª ed.. São Paulo: Graal, s/d, p. 88). Não significa, pois, instituições e aparelhos de sujeição do Estado. Designa uma multiplicidade de correlações de força; jogos que formam cadeias ou sistemas, desde estratégias que se cristalizam institucionalmente. Não há um foco ou uma existência primeira, produz-se na relação e provém de todos os lugares. É constituído de afrontamentos incessantes, imanentes ao domínio onde se exercem e inerentes a sua organização. Enfim, “*é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada.*” (FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, p. 89). As proposições daí introduzidas ajudam a salientar suas peculiaridades das clássicas lições trazidas pelo professor francês: a) o poder não é algo que se adquira, arrebate ou compartilhe, se guarde ou deixe escapar, ele se *exerce* a partir de inúmeros pontos e em meio a relações desiguais e móveis; b) as relações de poder são *imanentes* e não exteriores a outros tipos de relações (sociais, sexuais, econômicas etc.), são os efeitos imediatos destes desequilíbrios e as próprias condições internas destas diferenciações; c) o poder *vem de baixo*, quer dizer, as relações de forças múltiplas que se formam e atuam servem de suporte a amplos efeitos de clivagem que atravessam o corpo social, há linhas de força em geral que geram por intensidade os efeitos hegemônicos de grandes dominações; d) as relações de poder são *intencionais*, não propriamente subjetivas. O poder se exerce presidido por um série de miras e objetivos, sem que se consiga buscar a equipe que preside sua racionalidade. A racionalidade de tal poder é a das táticas encadeadas entre si, que se apoiam, condicionam-se e se propagam, esboçando finalmente *dispositivos* de conjunto. A lógica aí, ainda que perfeitamente clara, já não parece haver mais ninguém para tê-las concebido e poucos para formulá-las – caráter das grandes estratégias anônimas de táticas cujos “inventores” nada tem de hipócritas; e) onde há poder, nunca em relação de exterioridade a ele, por isso mesmo, há *resistência*. As relações de poder não poderiam existir senão em função de uma multiplicidade de pontos de resistência, o que faz com que não haja *um* grande lugar da grande *Recusa*. São o outro termo da relação, contudo, o que não as deixa em posição meramente passiva. (Cf. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, pp. 88-97). Creio que é na oportunidade do início do seminário dado em 1977-1978, quando do estudo do chamado *biopoder*, que o autor traz uma série de proposições, de forma mais estrategicamente colocadas, acerca da análise dos mecanismos de poder. Em primeiro lugar, para ele não se trata de pôr em causa uma *teoria geral do poder*, mas saber por *onde* passa a coisa, *como* passa, *entre que* pontos, *de acordo com* que procedimentos e *com que* efeitos. Não propriamente indagar sobre *o que é* o poder, como se fosse uma substância, mas sim fazer um estudo *do* poder, dos mecanismos e procedimentos cujo papel, função e tema é precisamente assegurar seu próprio exercício. Segundo: o poder não se funda a partir de si mesmo. O conjunto de procedimentos/relações que estabelecem, transformam e mantêm os mecanismos de poder não são fundados em si mesmos. Dizendo diretamente, os mecanismos de poder são uma parte intrínseca de todas estas relações, não há relações que não sejam de poder; não há relações de produção sobre as quais se depositem mecanismos de poder. Há, enfim, uma circularidade entre os diferentes mecanismos de poder e as relações estabelecidas num campo determinado. Por terceiro, uma análise destas relações de poder põe em jogo um estudo global de uma sociedade. É algo que tem a ver antes com uma *política da verdade*, ou seja, mostrar quais são os *efeitos de saber* que se produzem em nossa sociedade por obras dos enfrentamentos, sem perder de vista as *táticas de poder* que são elementos desta luta. A quarta indicação dada por ele crê que não há *discurso teórico* que não seja atravessado por algo como

dispor, desde a lição clássica, que o *poder*, naquilo que nos interessa, não se troca ou conquista, se dá e se exerce em ato, fundamentalmente, não como manutenção de relações econômicas, mas desde *relações de forças*, em que a *repressão* é o seu mecanismo. Se quisermos, nas palavras de Deleuze,⁵⁸¹ elas passam tanto pelos “dominantes” quanto pelos “dominados” e o seu exercício se define pelo poder de *afetar e ser afetado* por outras forças. É buscando fugir de uma frágil expressão econômica do *poder* que se oportuna pôr em jogo o desenrolar destas forças. Se não analisarmos o fundo das relações de *poder* em termos de *combate*, de *confronto* ou de *guerra* mesmo, ou seja, desde o confronto bélico de forças, pouco da sua atuação entenderemos. A relação biunívoca que isto estabelece com relação à *pena* é de fácil trato.

Hipótese nietzscheana que Foucault desenvolve num *esquema guerra-repressão*: “*poder é a guerra, a guerra continuada por outros meios. E, nesse caso, inverteríamos a proposição de Clausewitz*⁵⁸² e diríamos que a política é a guerra continuada por

um *discurso imperativo*, e ademais, que nada mais é que um *discurso estético*. Isto impõe que aquilo que é preciso fazer somente pode se manifestar dentro de um campo de forças reais; que jamais pode ser criado apenas pela palavra, pois é um campo de força que o falante não controla. Estes imperativos devem ser vistos, sim, como *indicadores táticos*: cabe a cada um saber em que campos de forças reais se orientar para fazer uma análise eficaz em termos táticos (FOUCAULT, Michel. *Seguridade, Território, Población*, pp. 16-18).

⁵⁸¹ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Tradução Cláudia Sant’Anna Martins (et. al.). São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 79.

⁵⁸² Sobre a sua definição de guerra: “*Não começamos por uma definição da guerra, difícil e pedante; limitemo-nos à sua essência, ao duelo. A guerra nada mais é que um duelo em uma escala mais vasta. Se quisermos reunir num só conceito os inumeráveis duelos particulares de que a guerra se compõe, faríamos bem em pensar na imagem de dois lutadores. Cada um tenta, por meio de sua força física, submeter o outro à sua vontade; o seu objetivo imediato é abater o adversário a fim de torná-lo incapaz de toda e qualquer resistência. A guerra é pois um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade. Para defrontar a violência, a violência mune-se com as invenções das artes e das ciências. Ela é acompanhada de restrições íntimas que quase não vale a pena mencionar, e que impõe a si própria, sob o nome de leis dos direitos dos povos, mas que, na realidade, não diminui em nada a sua força. A violência – isto é, a violência física (uma vez que a violência moral não existe fora dos conceitos de Estado e Lei) – constitui, portanto o meio; o fim será impor a nossa vontade ao inimigo. Para se atingir com total segurança este fim, tem de se desarmar o inimigo, sendo este desarmamento, por definição, o objetivo propriamente dito das operações de guerra. Acaba por vir a constituir o próprio fim, que afasta, por assim dizer, como se se tratasse de algo que não fizesse parte da própria guerra.*” Ademais, ainda no Livro I da *Natureza da Guerra*, especificamente no clássico parágrafo 24, de título “*A guerra é uma simples continuação da política por outros meios*” ele responde diretamente à pergunta: “*O que é a guerra?*” desta maneira: “*vemos, pois, que a guerra não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuação das relações políticas, uma realização desta por outros meios. O que se mantém sempre característico da guerra releva puramente da especificidade dos meios que põe em prática. A arte da guerra em geral, e a do comandante em cada caso*

outros meios. (...) a política é a sanção e a recondução do desequilíbrio das forças manifestado na guerra.”⁵⁸³ Isto quer dizer, sobremaneira, que as relações de força estabelecidas pela guerra são reinscritas pelo poder político numa espécie de guerra silenciosa, perpetuamente recolocada nas instituições. Com uma eloquência arrasadora, percebe-se que a decisão final só pode vir da guerra, o final da política está irremediavelmente na prova de força da batalha derradeira. A repressão, assim, seria, diferentemente da opressão (entendida como ultrapassagem dos limites do contrato soberano), o prosseguimento destas relações de força, a manutenção desigual do estado de guerra contínua.

Retomemos, em vista de sermos melhor entendidos. O poder deve ser visto como relação belicosa: a guerra como motor do exercício do poder político; a política, pois, como sua continuação. E a pena, porque não ousar dizer, atua como representante destacado neste poliedro analítico. Deste modo, pouca dúvida pode restar ao se dizer que o poder de punir (pena) é o rosto do poder político decifrado em termos de guerra. Repita-se: o caráter da pena como guerra apreende-se como dispositivo codificado que reconduz as correlações de força via política.

Foi assim que os mecanismos apostos pelas regras de direito puseram em jogo – desde seus “discursos de verdade” sobre a pena (retribuição, dissuasão, ressocialização etc.), ou seja, fazendo funcionar estas “falas oficiais” – e constituíram os diversos efeitos de seu poder. A pena, como o mais puro espelho do entrelaço de forças, codifica aquilo que permite ver a política e a guerra como duas estratégias com a mesma gênese: correlações de domínio que são reconduzidas uma a outra permanentemente. Os choques de forças que durante muito tempo encontraram nas

específico, pode exigir que as tendências e as intenções da política não sejam incompatíveis com esses meios, exigência seguramente a não desprezar. Mas, por mais poderosamente que reaja, em certos casos, sobre as intenções políticas, isso terá de ser sempre considerado somente como uma modificação destas; pois que a intenção política é o fim, enquanto a guerra é o meio, e não se pode conceber o meio independentemente do fim.” (CLAUSEWITZ, Carl von. *Da Guerra*. Tradução Maria Teresa Ramos. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 07-08 e 27).

⁵⁸³ FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade*, p. 30. Em outro lugar escreve: “Seria, então, preciso inverter a fórmula e dizer que a política é a guerra prolongada por outros meios? Talvez, se ainda quisermos manter alguma distinção entre guerra e política, devemos afirmar, antes, que essa multiplicidade de correlações de força pode ser codificada – em parte, jamais totalmente – seja na forma de “guerra”, seja na forma de “política”; seriam duas estratégias diferentes (mas prontas a se transformarem uma na outra) para integrar essas correlações de força desequilibradas, heterogêneas, instáveis, tensas.” (FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1*, p. 89).

formas de *guerra* sua maior expressão são investidos pouco a pouco na ordem do poder *político*; vindo daí a *pena*, como instrumento incessante de *defesa social*, demonstrar isso cotidiana e incessantemente.

Uma ideia *agnóstica* da *pena*, tal como a propomos, vai na direção de um *modelo estratégico*.⁵⁸⁴ Inverte, como quer Foucault,⁵⁸⁵ a postura geral de análise do direito desde a Idade Média, calcada no paradigma da *soberania*, na fixação da legitimidade do poder, para alçar voo e fazer valer o *domínio* como fato e verificar como o direito põe em jogo estas relações, mais precisamente desde um *dispositivo* que é a *pena*. Um olhar externo, diríamos, que aposta em surpreender estas relações nos alinhamentos últimos, nos seus efeitos reais, não preocupado em saber como se funda o *poder de punir*, mas “*como, efectivamente, a punição, o poder de punir, se iam constituindo num certo número de instituições locais, regionais, materiais, quer se tratasse do suplício ou do encarceramento, e isso no mundo a um tempo institucional, físico, regulamentar e violento dos aparelhos efectivos de punição.*”⁵⁸⁶

Apenas se estudando onde o *poder* está investido no interior das práticas, para além de um “aporte jurídico”, e muito menos usando-se de análises de formas gerais de dominação global, é que conseguimos surpreender o funcionamento de seus efeitos mais genuínos. É salutar firmar que uma *teoria da soberania* continua a existir como ideologia do direito, organizadora dos códigos jurídicos desde o XIX (sobre isto, vimos, fundaram-se as *teorias da pena* sucessivamente), o que não afasta – e principalmente, ao inverso, traz consigo – o mascaramento dos *dispositivos* de coerções disciplinares (procedimentos, constrangimentos e técnicas que asseguram os exercícios de poder – como se verá, dispositivos de segurança atinentes ao *biopoder*). Não cremos exagerada a resposta positiva ao questionamento sobre estarmos, firme naqueles discursos voltados à contenção do poder punitivo, de maneira voluntária ou não, a nos conduzir na direção de um olhar sobre um novo direito *antidisciplinar*.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1*, p. 97.

⁵⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade*, p. 40.

⁵⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade*, p. 42.

⁵⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade*, p. 53.

A *pena* como um *dispositivo*⁵⁸⁸ foi a hipótese aventada e tratada. O pano de fundo desenhado anteriormente é que nos dá azo a esta posição. O estatuto de *dispositivo* é aqui empregado como uma cadeia de variáveis relacionadas entre si que vão produzindo determinadas linhas de força e de rupturas. Como faz Foucault com a *sexualidade* e a *loucura*, enxergamos a *pena* como resultado de um vasto repertório de competências. Frisa Martins que os *dispositivos* carregam “*esa característica asustadora de adquirir ese estatuto, justamente, a partir de su fortalecimiento con ocasión de los diversos retos colocados por cada momento histórico, que luego ellos incorporan para dilatar su potencial de funcionalidades.*”⁵⁸⁹ A solidez do *dispositivo*, razão porque torna imprescindível a análise da *pena* por essa lente, está exatamente na sua *maleabilidade*, ou seja, na possibilidade de que estratégias diferentes venham a se opor, supor e gerar efeitos permanentes no seu funcionamento, mesmo que não estejam conformes alguma “programação primeira”.⁵⁹⁰

Uma metodologia para, resumidamente, entender o termo, deve possuir três pontos inafastáveis: o *dispositivo* é uma rede que se estabelece entre elementos heterogêneos linguísticos e não-linguísticos (discursos, instituições, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas etc.); dotado de uma função estratégia que sempre repousa numa relação de poder; e, sobretudo, resulta de uma imbricação “saber-poder”.⁵⁹¹ Se diz respeito à natureza da relação entre elementos

⁵⁸⁸ A terminologia *dispositivo*, usada a partir da metade dos anos 70 por Foucault, principalmente quando começava a ocupar-se da *governabilidade*, salienta Agamben, deve-se muito a Jean Hyppolite (até 1970 antecessor de Foucault na cadeira de *História dos Sistemas de Pensamento* no *Collège de France* com nome à época de *História do Pensamento Filosófico*) e sua leitura sobre filosofia da história de Hegel, mormente sua ideia de *positividade*, termo que antes, ao invés de *dispositivo*, se utilizava Foucault (AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un dispositivo?* Roma: Nottetempo, 2006, p. 08). A *positividade* era o *elemento histórico* (“*con tutto il suo carico di regole, riti e istituzioni che vengono imposti agli individui da un potere esterno, ma che vengono, per così dire, interiorizzati nei sistemi delle credenze e dei sentimenti.*” AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un dispositivo?*, p. 11), segundo Hyppolite, considerado por Hegel como obstáculo à liberdade humana, ou seja, na oposição razão *versus* história, esta deveria ser reconciliada com aquela. O interesse de Foucault não era este, mas o de investigar os modos concretos que as *positividades* ou depois *dispositivos* agiam nas relações, nos mecanismos e nos jogos de poder.

⁵⁸⁹ MARTINS, Rui Cunha. *El Método de la Frontera*, p. 149.

⁵⁹⁰ “(...) *stratégies différentes venaient s'opposer, se composer, se superposer et produire des effets permanents et solides qu'on pourrait parfaitement comprendre dans leur rationalité même, bien qu'ils ne soient pas conformes à la programmation première: c'est cela la solidité et la souplesse du dispositif.*” (FOUCAULT, Michel. Table ronde du 20 mai 1978. In: *Dits et Écrits 1954-1988 – IV 1980-1988*. FOUCAULT, Michel. Paris: Gallimard, 1994, p. 28).

⁵⁹¹ FOUCAULT, Michel. “Sobre a história da sexualidade”. In: *Microfísica do Poder*, pp. 244-245.

do *dito* e do *não-dito*, refere-se a um tipo de jogo que permite a modificação de funções, a justificação e reinterpretação de práticas, ou mesmo seu mascaramento. A *pena* ao longo da histórica, desempenhando o papel de perenidade, acumulou discursos e práticas ao seu processo de *sobredeterminação funcional* não raro contraditórios entre si. Em outras palavras, elementos dos mais diversos calibres surgiram dispersamente para justificá-la; fazendo-a produto de um *perpétuo preenchimento estratégico*, dependendo da *urgência* da resposta que determina cada momento histórico. São nestes jogos de poder que são realizados sobre seu tabuleiro, nas estratégias de relações de força para além do mero discurso, que conseguimos verificar a tamanha capacidade de renovação de seu implemento. Sua história, ou seja, a história da *pena* é a própria narrativa de sua reinvenção.

Importa conectar – alhures a uma vinculação ao conceito de *positividade* hegeliano – a ideia de *dispositivo*, que fala Foucault, a sua *hereditariedade teológica*,⁵⁹² tal como faz Agamben.⁵⁹³ Para ele, antecipando sua conclusão, a tradução do termo fundamental grego *oikonomia*, nos escritos dos padres latinos, foi dada pela palavra *dispositio*. Desta forma, uma *genealogia teológica da economia* apenas poderá ser empreendida tocando-se estes nuances. Como dito, o autor italiano argumenta que a genealogia do conceito remete à história da Igreja, em específico ao termo grego *oikonomia*, que significa a “administração da vida”, gestão prática frente a um problema particular. Foi com este instrumento que a Igreja lidou, entre os séculos II e VI, com o problema da santíssima trindade. Ante o perigo do politeísmo, que poderia acarretar à fé cristã a mensagem da unidade do Pai, do Filho e do Espírito Santo, opôs-se a distinção entre o *logos da teologia* e o *logos da economia*: “*Dio affida a Cristo l’economia, l’ammnistrazione e il governo della storia degli uomini. (...) l’oikonomia divenne così il dispositivo attraverso cui il dogma trinitario e l’idea di un governo divino provvidenziale del mondo furono introdotti nella fede cristiana.*”⁵⁹⁴ Houve, suma, uma separação entre um *Deus-ser* (ontologia) e um *Deus-ação* (prática, sobretudo *política*)

⁵⁹² Não será à toa que reiteradamente, na tentativa de racionalizar a pena, de novo Barreto, empenho incessante da maioria dos teóricos, esqueçamos a grande dose de *religiosidade* de seu conteúdo: de ato de vingança pública contra o criminoso (*sacrifício*). Para além de qualquer fim jurídico ou fundamento “racional”, é a *vindita* mesmo que se conserva na consciência popular da *pena*. BARRETO, Tobias. “O fundamento do direito de punir”, p. 176.

⁵⁹³ AGAMBEN, Giorgio. *Che cos è un dispositivo?*, pp. 15-18.

⁵⁹⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Che cos è un dispositivo?*, p. 17.

operada por este termo, traduzido mais tarde pelos padres latinos com o nome de *dispositivo*.

É isto que nos importa destacar acima de tudo. O *dispositivo*, que fala Foucault, diz respeito a uma pura atividade *política* de governo. “*Letteralmente qualunque cosa abbia in qualche modo la capacità di catturare, orientare, determinare, intercettare, modellare, controllare e assicurare i gesti, le condotte, le opinioni e i discorsi degli esseri vivente.*”⁵⁹⁵ Se de um lado temos o “ser vivente” em si, por outro aparecem os *dispositivos* que incessantemente os capturam – controlando, orientando, gerindo seus gestos e pensamentos; formando, assim, seus próprios *sujeitos*. A *pena* opera desta forma. Estando todos nós sempre em contato com algum *deles*, não se trata meramente de destruí-los ou pensar ingenuamente em usá-los de maneira justa. Pensemos na *pena*, vez mais. A tarefa que urge é tentar, desde os mais diferentes mecanismos, libertar o que foi capturado e separado por este *dispositivo* – o sequestro, se quisermos, do discurso jurídico em prol da sua legitimação – e *restitui-lo ao uso comum dos homens*. “Profanar”, como diz Agamben, resgatá-la deste pedestal sacro em que foi colocada, e aprender a jogar de outra forma com ela.⁵⁹⁶ Não para relegitimá-la ou dotá-la de nova força justificante, lidar com ela para além do horizonte de dor que veicula.

Onde há *poder* há *resistência*, já dissemos, e múltiplos são seus pontos e focos. O *afeto*, nas palavras de Deleuze, que caracteriza o exercício do *poder*, se, por um lado, é a *função* da força – afetar (*física de ação abstrata*) –, por outro, é uma pura *física da matéria-prima* não-formada – ser afetado.⁵⁹⁷ Mas, por certo, estes nós não se encontram em relação de exterioridade com o *poder*. São nestes mesmos campos estratégicos formados em que o discurso do *direito penal* (tática jurídica, outro *dispositivo* por certo) deve encarar a *pena* como *poder*, realidade *política* – “*argomenti tutti relativi al potere non al diritto*”, verdadeiro *direito humanitário internacional* em tempo de guerra, incapaz de dar cabo ao conflito mas preocupado em reduzir violência.⁵⁹⁸ A *teoria da pena*, nos moldes em que tradicionalmente é exercitada pelo jurista, demonstra um lirismo, manifesto na impotência de encontrar fundamento para *ela* e, mais, acarreta, como apontado, a própria morte do seu discurso. Se hoje, comungado a um “direito de

⁵⁹⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un dispositivo?*, pp. 21-22.

⁵⁹⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Luísa Feijó. Lisboa: Cotovia, 2006, p. 122.

⁵⁹⁷ DELEUZE, Gilles. *Foucault*, p. 80.

⁵⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria”, p. 393.

morte” inerente ao antigo diagrama da *soberania*, havemos de nos defrontar com condições mais complexas, onde o *poder*, na sua “gestão da *vida*”, tomou-a em si como objeto e objetivo, alguma *resistência* deve passar por aí. “A *vida não seria essa capacidade da força de resistir?*”⁵⁹⁹ É a *vida* como *resistência* que se volta contra o próprio *poder*, e é a *resistência* ao *poder* que se transforma em *poder de vida*.

O anseio, cremos, ao menos em algum grau, para o momento, foi alcançado: pôr para circular fragmentos de discursos dispersos que possam acabar por formar uma série de “saberes libertos”. Pedacos de genealogias que descontinuamente formam *táticas* que se põem em jogo desde conteúdos que deixam de ser subjugados. Ao final, não devemos desviar o olhar da tentação por unidade que podemos não tarde recair, ao sermos novamente cooptados por novas codificações de discursos unos. É o risco que corre qualquer discurso minimamente comprometido com a *crítica*. Isto diz respeito ao profundo perigo levantado pelo questionamento de Foucault a estes saberes “menores”. Com isto também nos colocamos neste *limite crítico*, todavia agora, em outro patamar, com um ganho incomensurável: “a partir do momento em que desprendemos assim fragmentos de genealogia, a partir do momento em que fazemos valer, em que pomos a circular essas espécies de elementos do saber que procurámos libertar, não se arriscam eles a ser novamente codificados, colonizados por esses discursos unitários que, depois de terem começado por desqualificá-los para em seguida os ignorar quando reaparecem, talvez estejam agora prontos a anexá-los e a retomá-los no seu próprio discurso e nos seus próprios efeitos de saber e de poder?”⁶⁰⁰ A vinda do novo não pode significar, porém, a hospitalidade acrítica, exatamente para que continuemos sob o adágio da afirmação da vida num futuro continuamente em aberto.⁶⁰¹ As suspeitas devem, pois, teimar em acompanhar as frestas de um novo futuro sempre possível.

⁵⁹⁹ DELEUZE, Gilles. *Foucault*, p. 99.

⁶⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade*, p. 26.

⁶⁰¹ CATROGA, Fernando. *Caminhos do Fim da História*. Coimbra: Quarteto, 2003, pp. 158-161.

Capítulo 4.
A OSTENSÃO PENAL: A CULTURA DO CONTROLE E A ACLAMAÇÃO
SECURITÁRIO-POPULISTA DA PUNIÇÃO

“Não é o monstruoso que choca, mas sua naturalidade”
(“Anotações sobre Kafka”, *Prismas* –
Theodor W. Adorno)

4.1 A Nova Ordem Social do Delito

Infrutífero achar de forma inocente ou ingênua que possamos estar estacionados em dispositivos de gestão cristalizados em sistemas *disciplinares* ou ainda meramente *legais*. Não por causa certamente de algum movimento isolado, mas de um modo exemplar a partir da tendência estrutural que vem inundando amplamente o plano das práticas punitivas há pelo menos trinta anos. É uma mudança complexa e profunda no campo do controle do delito como um todo que se surpreende com uma série de sintomas. De fundo, vem se redefinindo em si a postura de enfrentamento político-criminal que pontualmente podemos identificar, como faz Garland⁶⁰², dentro do panorama da *nova cultura do controle do delito*.⁶⁰³

Afora seus desdobramentos múltiplos, o que no momento se torna menos pertinente, profícuo analisar algumas ideias e práticas nucleares que vêm (ir)rompendo já de certo tempo (n)o *complexo penal-welfare*⁶⁰⁴, que se entrelaçam com estes velhos esquemas de instâncias correcionais reabilitadoras do século XX. Os diversos discursos

⁶⁰² GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, pp. 275-312. Também, antes, em: GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1990. Sobre os pontos-chave da obra do autor inglês, cf. ITURRALDE, Manuel A. “La Sociología del Castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías”. In: *Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía*. GARLAND, David. Traducción Manuel A. Iturralde. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 19-122.

⁶⁰³ Diagnóstico que não dista de tantos outros, como em SANTORO, Emilio. *Cárcel y Sociedad Liberal*. Traducción de Pablo Eiroa. Bogotá: Temis, 2008, pp. 01-178.

⁶⁰⁴ Trata-se da expressão «*penal-welfare complex*» cunhada por Garland para fazer referência à peculiar configuração das estratégias e instituições de controle do delito dentro do marco de um “Estado de bem estar”, mormente desde os fins do século XIX, relativo às intervenções no marco da “questão social”. Cf. GARLAND, David. *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*. Aldershot: Gower, 1985.

e variedades políticas que emergem em novo contexto acabam, por certo, por coexistir com as antigas configurações estabelecidas. É, primordialmente, sobre o local de importância do aparato de justiça penal e a transformação estratégica de seu funcionamento que cabe tensionar. Se vivenciamos uma era “pós-reabilitação” não será porque o aparato correccionalista não esteja ainda em pé – mesmo que, até nas suas épocas áureas, ele não tenha se caracterizado por instâncias altamente desenvolvidas. Antes de se falar numa mudança estrutural da justiça penal, o que se verifica é uma *cultura* política diferente, em que se recobrem as linhas de um então Estado de bem-estar social, agora mitigado na dita modernidade tardia, dirigindo-se para um novo estilo de gestão pública da justiça penal estatal, ou seja, o que há é uma espécie de redefinição do papel das instituições existentes que sinalizam para novas metas e prioridades.⁶⁰⁵

O que pesa de maneira ímpar e acaba por produzir uma mudança significativa, para além das meras estruturas de controle, é o âmbito imediatamente ligado a elas, o aspecto intrinsecamente vinculado que as anima, significa e, de alguma forma, ordena os seus usos, que são as *sensibilidades culturais* envolvidas. Trata-se de um esforço perene de surpreender estes novos padrões, dimensionar as incipientes *coordenadas culturais* que dão novos propósitos – (re)significam continuamente a importância simbólica deste campo –, transformam, suma, o modo de pensar e atuar dos agentes penais frente ao delito.

Assim, segundo o professor inglês⁶⁰⁶, interessa ressaltar três linhas de fuga para analisar, em geral, a nova *cultura* penal. Por um lado, o que emerge é a mudança de ênfase dos *métodos de reabilitação* para o *controle efetivo*; da perspectiva do “bem-estar” para modalidade puramente “penal”, centrada em objetivos retributivos, incapacitantes, dissuasivos, e voltada à dita *segurança pública*.⁶⁰⁷ Em especial, as leis e práticas de semiliberdade costumam ser vistas como simples castigos à comunidade, em que se minimizam os objetivos habitual e tradicionalmente dispostos de reabilitação em prol da vigilância intensiva dos “liberados” confiada à polícia. Assim, se pelo aspecto da modalidade “penal” vê-se claramente seu caráter mais prioritário, proeminente e punitivo, a espécie do “*welfare*” tem-se tornado mais centrada no delito e no *risco*.

⁶⁰⁵ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, pp. 275-285.

⁶⁰⁶ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, pp. 286-290.

⁶⁰⁷ Neste sentido, cf. SALAS, Denis. *La Volonté de Punir: Essai sur le populisme pénal*. Paris: Arthème Fayard/Pluriel, 2010, pp. 187-198.

Noutros termos, os delinquentes submetidos aos regimes de semiliberdade são postos no discurso não mais no lugar de sujeitos com privações sociais que, neste estado, necessitam de ajuda. São confrontados como *riscos* que necessitam ser geridos; indignos e perigosos que devem ser cuidadosamente controlados para a proteção do público.

Com isto, um segundo momento nos convida a verificar a própria redefinição do significado da *reabilitação*. O foco se desloca do “cliente” para o “delito”. As questões mais importantes atualmente, neste aspecto, dizem mais ao *controle do delito* que à *assistência individual*. Se antes a postura acentuada era a de certa preocupação com a transformação das relações sociais do indivíduo, no sentido de tentar melhorar sua autoestima e desenvolver seu discernimento, a tendência agora é torcida para um objetivo imediato completamente diverso: circunda, pois, a imposição de restrições, sempre enfocando a conduta delitiva e seus hábitos conexos, visando à proteção do público. Inscreve-se a reabilitação no marco do *risco* mais que no marco do “bem-estar”. Poderão ser “tratados” os delinquentes apenas se isto servir para proteger o público aflito ou, quem sabe, para reduzir o custo envolvido no castigo direto e simples.

Não se esqueça do argumento que não falha quando da defesa do incremento de mecanismos de controle em meio aberto, tal como as coleiras/tornozeleiras eletrônicas, em voga ultimamente nas alterações legislativas brasileiras⁶⁰⁸: não raro o discurso

⁶⁰⁸ Sancionada no Brasil, dia 15 de julho de 2010, a Lei nº 12.258, que prevê a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado. Em linhas gerais, alterou-se a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) especificando que, nos casos de saída temporária no *regime semiaberto* de cumprimento de pena e na determinação da prisão domiciliar, o juiz poderá definir a fiscalização por meio de *monitoração eletrônica*, cuja implementação será regulamentada pelo Poder Executivo (146-B, 146-C e 146-D da referida lei). Interessante ressaltar, neste ponto, que o permissivo legal autoriza apenas a utilização do dispositivo para o *regime semiaberto* de cumprimento de pena, tendo em vista a natureza diversa do *regime aberto*, baseado na “autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado”. Não por outra razão é que o condenado deverá estar fora do estabelecimento *sem vigilância* sendo recolhido no período noturno e nos dias de folga (segundo art. 36 e § 1º do Código penal brasileiro). Todavia, já no estado do Rio Grande do Sul (depois de sucessivas tentativas, testes e adiamentos feitos mesmo antes da legislação vigorar), desde agosto de 2010, inclusive com contratação emergencial de fornecedores para as chamadas “tornozeleiras eletrônicas”, começou-se a utilizar o dispositivo em duzentos presos do *regime aberto*, segundo amplamente veiculado na imprensa local (JORNAL ZERO HORA. “Presos começam a utilizar tornozeleiras eletrônicas ainda nesta sexta-feira”. Porto Alegre, 20 ago. 2010, disponível em <http://www.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1§ion=Geral&newsID=a3012448.xml>. Acesso em: 21 ago. 2010). Mais recentemente – dentro da linha das reformas parciais impulsionadas desde 2008 em terras brasileiras – colcha de retalhos que acabou por ignorar o regime acusatório de imposição constitucional e, sobretudo, descarta da existência de um Código de Processo Penal inteiro sob discussão e em tramitação nas casas legislativas –, foi

entoado passa pelo alto custo do detento ao sistema penal e as possíveis vantagens (para

aprovada a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, com *vacatio legis* de 60 dias, a qual alterou profundamente o regime de prisão, de liberdade provisória e, fundamentalmente, das medidas cautelares em matéria penal, principalmente aquelas diversas da prisão. Além das hipóteses de comparecimento periódico em juízo, de proibição de manter contato com determinada pessoa, de proibição para ausentar-se da comarca, do recolhimento domiciliar, da suspensão do exercício da função pública ou da atividade econômica ou financeira, da internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável e da fiança, novamente aparece a possibilidade da *monitoração eletrônica*. A nova legislação, como vem se tornando rotina, veio sob o argumento de enfrentar o grave problema dos presos provisórios privados de liberdade, hoje na faixa dos 37%, naturalmente visando à redução no impacto nos níveis de encarceramento diante do caos penitenciário nacional. Alhures, não obstante, ter sido olhada, inclusive por parcela crítica da doutrina, como um “*oásis no deserto punitivo*”, “*na direção oposta das tradicionais respostas punitivas simplistas*” (IBCCRIM. *Editorial*. In: *Boletim* – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 19 – nº 223 – Junho/2011, p. 01), pouco se cuida para que não seja mascarada sua face de novo mecanismo de expansão do controle penal, retrato nada novo de dispositivos securitários agregados à pena privativa de liberdade que esgarçam o raio de controle sob a sociedade. Nem precisaria ser muito ousado para afirmar o retrato arriscado que se poderá advir: a banalização das medidas cautelares diversas à prisão. Seguindo a dinâmica repressiva, em atacado, a autoridade judicial diante do caso concreto, dentro da lógica da “dúvida” com relação à imposição da prisão, ao menos – como se estivesse frente agora a um novo estado induzido pela cultura punitiva de *semipresunção de inocência* – poderá valer-se, para tanto, de uma outra medida menos radical. Resultado: sujeitos que, a rigor, estariam salvaguardados de qualquer constringimento em sua liberdade pela *presunção de inocência*, inerente a todos, acusados ou não – se não fosse o estado de ânimo punitivo, a *demanda punitiva* que permeia os atores penais, em especial o magistrado –, agora ficarão, face alguma “dúvida” na decisão do magistrado, controlados. Afinal, ao que parece, renova-se a lógica inquisitória da antiga prova tarifada: se não se conseguiu provar tudo contra o acusado, ou se se dúvida da integralidade da acusação, será semiculpado, a tal circunsistência corresponde uma semicondenção ou propriamente uma “semipena”. Para o recente panorama ditante destas modificações, com uma vasta gama de análises, cf. os artigos trazidos em número específico para o assunto pelo IBCCRIM. *Boletim* – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Ano 19 – nº 223 – Junho/2011. Ainda que se esgrime, em maior ou menor medida, como dito, a tese da tentativa de reduzir o impacto do problema de vagas no sistema penitenciário (principalmente, no caso da execução penal, na realização do sistema progressivo de cumprimento de pena que temos), monocordicamente, o argumento imposto traduz uma preocupação com a falta de vagas no sistema carcerário em geral, déficit este que alcançaria em 2009, segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *População Carcerária* – Sintético/2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2010), 164.624 vagas. Assim, o que se avizinha no horizonte punitivo brasileiro? Estará aí a solução ou, para os mais céticos, ao menos a atenuação do problema das vagas no sistema prisional brasileiro? Importará, em alguma medida, elaborar, para além deste rasteiro estado da questão, o que se dá a saber nesta dinâmica punitiva frente um contexto mais abrangente, ou seja, sobretudo diante da *sociedade de controle* em que andamos imersos e sua relação com a cultura punitiva de seus atores? Antecipando nalgum sentido nossa provocação, dirá Karam: “*Nem mesmo a manifesta exibição da perspectiva do controle total, nem mesmo a ilegítima intervenção no corpo do indivíduo vigiado, nem mesmo a desautorizada perda do direito à intimidade e à vida privada impedem que a enganosa publicidade que sustenta o sistema penal apresente o monitoramento eletrônico como um avanço no sentido da humanização das penas, tampouco impedindo que pretensos reformadores do sistema penal – mas sempre a ele apegados – apressadamente o aplaudam como uma ‘bondosa’ alternativa à pena privativa de liberdade.*” (KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão*. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 4. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 51).

quem?) ou de se adotar estes mecanismos ou, no contraponto, de se investir em mais vagas em estabelecimentos prisionais. Falsa alternativa, falacioso engodo, que não deixa escolha senão dentro do impulso de aumentar a dimensão sempre elástica da rede do controle penal.

A reabilitação que, sob o discurso oficial, primava pelo valor da autodisciplina, reduz-se a um meio de manejar o risco, de reduzir o perigo e intensificar a segurança pública. Nem mesmo, ao que parece, enfim, a *reabilitação* põe-se mais como mote principal do discurso de legitimação do sistema penal. Algum tipo de expectativa quanto a isso foi abandonado, mesmo pelo verbo oficial das agências “welfaristas”. A atual preocupação desavergonhada é com a redução do *risco de vitimização* futura a custo mínimo – o interesse primordial paira indeclinavelmente pelo “*fortalecimento eficiente do controle social*”⁶⁰⁹.

Se a justiça penal, no século passado, depositava algum crédito sobre a instituição da *probation*, quer dizer, dos regimes de semiliberdade em seus diversos graus, o que se vem constatando, nas presentes práticas punitivas, é o endurecimento do seu procedimento. E a rigidez intensificada representa o norte a ser seguido. Maximiza-se em regra o controle, nada disso sem a constante pressão governamental e mesmo da comunidade em geral que vê estes mecanismos liberatórios como deletérios a todo o corpo social. A permeabilidade ao processo político – ao estilo populista em matéria penal – não pode ser desconsiderada quando se examina a tamanha perda de autonomia da justiça penal. A vulnerabilidade aos estados de ânimo da opinião (veiculada como) pública e a simples reação política às *demandas* (sempre urgentes) de combate à criminalidade já tomaram acento confortável no *populista* panorama político-criminal. Tornou-se lugar comum esta tática, principalmente querendo lograr vantagens eleitorais a curto prazo. A alta sensibilidade dos governos e legislaturas a estas preocupações, diante de indivíduos perigosos que precisam ser controlados, apenas pode ser aliviada, neste registro, com medidas punitivas que reflitam este medo massificado e tranquilizem a indignação geral. Entre o processo político e o castigo há, sim, como alerta Christie⁶¹⁰, uma *distribuição mais eficiente da dor*, quer dizer, os canais de acesso estão mais liberados entre as crescentes demandas por punição e o processo político; o

⁶⁰⁹ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 289.

⁶¹⁰ CHRISTIE, Nils. *La Industria Del Control Del Delito ¿La Nueva Forma de Holocausto?* Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, pp. 181-191.

incremento das penalidades está mais facilitado e acessível, podendo dar-se quase que instantaneamente:

*“¿Por qué los gobiernos recurren tan rápidamente a las soluciones penales para lidiar con la conducta de las poblaciones marginales en lugar de intentar las causas sociales y económicas de su marginalización? Porque las soluciones penales son inmediatas, fáciles de implementar y puede alegarse que «funcionan» con respecto al fin punitivo, en sí mismas, aun cuando fracasen en lo que se refiere a alcanzar toda otra finalidad. Porque tienen muy pocos opositores políticos, costos comparativamente bajos y concuerdan con las ideas de sentido común acerca de las causas del desorden social y la adecuada atribución de las culpas. Porque se fundan en los sistemas existentes de regulación y no alternan las estructuras sociales y económicas fundamentales. Y, sobre todo, porque permiten que los controles y las condenas sociales se concentren en los grupos marginados, dejando libres de regulación y censura los comportamientos de los mercados, de las corporaciones y de las clases sociales opulentas.”*⁶¹¹

O novo clima penalógico nunca esteve tão distante da menção à *assistência* e ao amparo ao desviante e tão próximo da escala de *gestão dos riscos*, do controle intenso das condutas destes sujeitos para a proteção do público. O uso de pulseiras e rastreadores eletrônicos em geral é apenas um fragmento neste caleidoscópio punitivo.

É a dialética do *risco/prevenção* que se afirma. E nada mais lógico que antecipar os movimentos nesta gestão profissional do perigo assinalados por traços que indiquem uma responsabilização futura. *Estigmatização*⁶¹², que reduz o sujeito a mero objeto de saber. Tipos, perfis e sinais particulares tomam a dianteira e o crime passa a ser resultado de um diagnóstico de reiteração. Categorias de risco adequam a identidade criminal. Um perigo invisível envolve uma “*comunidade de medo*”, dominada pelo sofrimento das vítimas e responsável por uma tendência, aclarada por Beck, de um *totalitarismo “legítimo” na defesa contra os perigos*.⁶¹³

O toque de fundo é dado, afinal, pela sensível metamorfose *cultural* na relação da sociedade com a delinqüência. Garland⁶¹⁴ verifica que o enfoque do *welfarismo penal* fazia quase coincidir o interesse do delinquente com o da sociedade, no sentido de entender que o investimento no seu tratamento seria compensado pela redução futura

⁶¹¹ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 323.

⁶¹² Sobre as dinâmicas de construção de identidades que tornam o indivíduo inabilitado para a aceitação social plena, Cf. GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

⁶¹³ BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Traducción Jorge Navarro et. al.. Barcelona: Paidós, 1998, pp. 56 e 88.

⁶¹⁴ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 294.

nos índices de delito. Hoje, radicalmente, houve um descolamento desta perspectiva. Ambas afastaram-se amplamente e estão completamente desvinculadas: os interesses dos condenados, quando contemplados, são vistos como diametralmente opostos ao do público. Quer dizer, o sentido comum da maior segurança ao público é a opção que vigora, ainda que seja ao preço do desprezo de direitos dos detentos que habitualmente seriam tomados em conta. O *estigma*, pois, ganha valor renovado, diferente daquele aspecto danoso que tinha no *complexo penal-welfare* – contraproducente e que diminuía a possibilidade de reintegração – e que durante anos foi apontado pelos estudos críticos.

A *estigmatização* referida recobre-se agora de certa utilidade. Em realidade, é um fator duplamente útil. Além de trazer consigo a verve do próprio castigo pelo delito ao condenado, agora configura um alerta geral à comunidade sobre o seu perigo. Ressoa nas entrelinhas do (in)consciente repressivo: por que não os controlarmos eletronicamente sob a vantagem de que, além de continuarmos punindo – rememorando a pena e fazendo-a mimese permanente do crime –, ainda teremos o acréscimo de servir de sinal útil de cuidado a toda sociedade? Com esta lógica blindada, diante do quadro de autoritarismo cínico, faria sentido se questionar sobre a tamanha estigmatização que se constrói sobre a imagem de um condenado carregando um aparelho localizador em qualquer parte de seu corpo? Certamente não. Talvez seja porque já tenhamos naturalizado que certos seres, por delinquirem, de fato, não mais são membros do “público” e não são dignos de consideração? Ainda, quem sabe seja porque estejamos convencidos e tenhamos mesmo assumido inafastavelmente a divisão social entre *nós* – vítimas inocentes e sofridas – e *eles* – perigosos e indignos delinquentes –, depósitos das projeções de nossos fantasmas, sob o preço do controle repressivo mais explícito possível, agora despojado de antigas aspirações benevolentes, para a nossa segurança? Cultivamos na questão criminal uma espécie de linha moral intransponível – divisão entre seres humanos bons e maus – e, de alguma forma, acreditamos que assim agindo estaremos protegidos. Bastará que a distância e a indiferença sejam enfatizadas para retomarmos a segurança e a tranquilidade perdidas.

É a própria *segregação* que acaba por dar as cartas como forma de existência social – fato que o Brasil sabe bem como demonstrar. Implica dizer mais, aprofundando o que há de obscuro nisto. Sendo o capital representante do acúmulo do *gozo*, e o *prazer* a maneira pelo qual o movimento para a morte pode ser regulado pelo sujeito, ao

menos desde Freud⁶¹⁵, importante perceber, tal como Birman⁶¹⁶, que há particularmente no Brasil uma *apropriação do gozo* por parte de uma pequena elite insensível à destruição que promove. Condensa-se o *capital do gozo da nação* nestes pontos privilegiados. Inflacionando-se exponencialmente ainda mais este poder, o efeito ricochete de disseminação da violência, de alguma maneira, não tarda a cobrar a fatura. De fato, o que se forma são verdadeiros muros – vide a decisão da prefeitura do Rio de Janeiro, com o apoio do governo do Estado, em 2009, de cercamento “com fins ambientais” de 11 favelas cariocas com muros de mais de 3 metros de altura.

E sobre os que estão do outro lado do muro *fantasiamos*. Vivem estes seres cada vez mais noutra mundo, o qual funciona muito bem para a projeção de nossos medos, ansiedades e desejos secretos. Certamente, jamais seremos iguais a estes sobre os quais o mal extremo foi personificado. Quando acreditamos numa linha simbolicamente intransponível, materialmente realizada ou não, servirá isto, em algum registro, para nos proteger de nossos próprios medos.⁶¹⁷ Entretanto, vai-se além. Mais profundamente que a tranqüilidade que supõe, é a distância e a indiferença absolutas que são enfatizadas. Afinal, não podemos correr o risco de identificação com aquele outro lado sobre o qual depositamos nossa monstruosidade. Completo estará o ciclo de transferência de tudo aquilo que não gostamos em nós mesmos, para a descarga de nossas culpas. *O sujeito suposto saquear e violar está do outro lado do muro.*⁶¹⁸

Assim estará montada a plataforma de pressão – por exemplo – e elas nunca faltam – sob as agências da justiça penal para novos dispositivos de controle que agora compartilhem e exponham as informações de delinquentes com os membros do público, para nos salvuardarmos de perigos potenciais. Isto, naturalmente, dá-se tendo por detrás, para além da mera esfera repressiva estigmatizante, o sinal daquilo que diz respeito ao controle de populações inteiras. O Estado penal, que se agiganta e amplia sua malha, nesta miríade, também está preocupado em criar banco de dados

⁶¹⁵ FREUD, Sigmund. “El Malestar en la Cultura”. In: *Obras Completas*. Tomo III, pp. 3017-3067.

⁶¹⁶ BIRMAN, Joel. *Cadernos sobre o mal: agressividade, violência e crueldade*. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 244.

⁶¹⁷ ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 120.

⁶¹⁸ ŽIŽEK, Slavoj. *Violence: six sideways reflections*. New York: Picador, 2008, p. 103.

centralizados e informatizados para controlar os ditos desviantes. Wacquant⁶¹⁹ traz o dado estarrecedor deste impulso nos Estados Unidos, onde mais de 55 milhões de pessoas, quase um terço da população adulta do país faz parte destas “fichas criminais”.

Em especial, interessante pontuar o profundo processo de degradação da subjetividade que se abate principalmente quando se lidam com os ditos delinquentes sexuais nos Estados Unidos. A cultura pública cristalizada pela Lei de Megan, de 1996, apenas abriu as portas para as “listas de predadores” e “feiras” sobre o “outing” dos condenados, em que moralismo e punitivismo combinam-se na prática de supervisão e estigmatização extensiva ao poder judiciário⁶²⁰.

Proliferam de forma selvagem as práticas dos bancos de registros, já havendo naquele país mais de seiscentas empresas especializadas em “verificação de antecedentes”. Este fascínio por novas técnicas de controle tecnológicas, de fato, alarga, generaliza, prolonga sem precedentes e indefinidamente os meios de vigilância. Ainda mais quando falamos de bancos de dados infinitamente maiores e mais poderosos. Em 1994, apenas para ilustrar, o Congresso americano liberou US\$ 25 milhões para facilitar a sistematização de fichários informatizados, graças à criação de um registro-fonte comum, o CODIS (*Combined DNA Index System*), que contém impressões genéticas dos indivíduos. Hoje, já praticam 48 dos 50 estados americanos o “fichamento biológico” efetuado por meio da coleta de sangue do condenado por ocasião da saída da prisão.⁶²¹

⁶¹⁹ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [A onda punitiva]. 3ª ed., revista e ampliada. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 234-249.

⁶²⁰ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*, p. pp. 355-394

⁶²¹ Há que se perquirir a fundo a iniciativa que surge em terras brasileiras auspiciosamente. A Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), órgão criado em 2007, vinculado ao Ministério da Justiça (MJ) e destinado a estreitar os laços entre a academia e a elaboração normativa do MJ, lançou, em 13 de julho de 2010, edital para selecionar instituições acadêmicas que desenvolverão pesquisas em oito áreas temáticas, cujas propostas vierem até 15 de agosto. Cada equipe, de composição interdisciplinar, receberá 75 mil reais, com possível acréscimo de 10 mil. O projeto oferece apoio para estudos, dentre outros assuntos, para a pesquisa acerca de “*Banco de perfis genéticos para fins de persecução penal*”. Diz o edital: “*nas últimas décadas houve um intenso desenvolvimento dos processos de pesquisa envolvendo o mapeamento e mesmo a alteração das cadeias genéticas de seres vivos. Com isso, diversas possibilidades se abriram para o desenvolvimento científico e tecnológico em diversas áreas. (...) Se por um lado, a utilização dessas novas técnicas tem se tornado comum sem que haja grandes dilemas éticos em determinados ramos do Direito, como é o caso dos exames de DNA utilizados nos processos de investigação de paternidade no Direito de Família. Por outro lado, em áreas como o Direito Penal e Processual Penal, a utilização da pesquisa genética enseja debates mais complexos*”

Ganha dimensão, com isto em parte, uma vertente própria das novas *criminologias da vida cotidiana* que fortalece, de forma esquizóide, a *cultura do*

quanto à ética e à sua pertinência jurídico-constitucional. (...) Na Justiça Criminal, as técnicas de pesquisa genética têm sido empregadas como elementos de identificação criminal ou de produção de provas. Ainda que seja possível reconhecer a eficácia e a eficiência desses métodos nas investigações criminais, sua adoção no Brasil é considerada controversa. Nesse sentido, é necessária a realização de pesquisas sobre os limites que cabem à realização de pesquisas e construção de banco de dados de perfis genéticos para fins de persecução criminal, de forma a respeitar os direitos e as garantias fundamentais do cidadão”. Como linha metodológica, subscreve-se, que a pesquisa também deverá ser pautada pelo “exame sobre possibilidades e limites constitucionais à construção de banco de perfis genéticos tanto para fins de identificação civil como para fins de investigação criminal, enfrentando temas como: construção de rede integrada de perfis genéticos com bancos de dados; direitos e garantias do cidadão nos procedimentos de investigação criminal e extensão do princípio constitucional da não auto-incriminação; mecanismos de coleta e períodos de armazenamento juridicamente admissíveis para a construção de banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal; possibilidade jurídica e critérios de seletividade do público que se submeterá à coleta compulsória de material genético.” Interessante ainda perceber que outro mote que a pesquisa deverá seguir será o “foco nos impactos sobre a investigação criminal”, em que se coloca entre parênteses o exemplo da “redução da taxa de inocentes condenados” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (MJ) – SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL) – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PELO DESENVOLVIMENTO (PNUD). Projeto BRA/07/004 – Democratização de Informações no Processo de Elaboração Normativa. Projeto Pensando o Direito. Convocação nº 001/2011 – Seleção de Projetos. Brasília: SAL/MJ, 2011, pp. 14-16). Fazendo alguma análise do discurso apostado, certas questões emergem. Primeiramente, não se espera que devam advir pesquisas neste terreno pautadas a justificar a ingerência do controle social pulverizado através do argumento de que se evitariam inocentes condenados. Em se pensando isto, novamente, em potência, avizinha-se a violação de uma série de direitos, em si mesmos reconhecidos, como intimidade e a possibilidade de não autoincriminação, sob a tese invertida da proteção aos inocentes. Oxalá, enfim, em geral – acreditamos nisto –, que todo o trabalho não seja apenas hábil a chancelar uma legislação que será implementada sob as luzes daquilo que se enxerga no horizonte, especialmente no viés norte-americano. Cabe ressaltar que não se desconhece a importância do debate crítico, principalmente diante da pura propulsão e universalização desta lógica securitária. Não é descondicional que quem alavanque o trabalho da SAL, subordinada ao MJ, seja o PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento da ONU. Contudo, mesmo diante do imenso patamar de possibilidades daquilo que poderá se suceder no Brasil, o assunto já é pauta legislativa e não parece crível que não haja a implementação de tais dispositivos securitários. Não obstante, inquestionável a preciosidade de, ao menos, haver esta instância de discussão, mesmo que pareça pouca dúvida quanto à efetivação futura de tais bancos para fins criminais. Há que se perquirir mais radicalmente ainda. O que tal iniciativa governamental representa e traz consigo? Não estará todo este panorama a demonstrar que o recorte já fora dado de antemão? Não bastará agora sabermos como serão seus contornos? Antes da interpretação, há a compreensão – para utilizarmos a terminologia heideggeriana. Simplesmente, o horizonte compreensivo, de alguma forma, já está delimitado na linguagem. Vamos pesquisar, estudar, elaborar diretrizes? Sim, obviamente. Mas para aquilo que já evidentemente fora delimitado, quer dizer, a existência deste campo de atuação que são os “bancos de perfis genéticos”. O Brasil, suma, já se acoplou nesta demanda (e há como resistir?) atinente ao novo momento pós-disciplinar (dados em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ1D83D0F1ITEMIDC29FE1E5AB804FCFBAA20A1D47AD9EE3PTBRNN.htm>).

controle, ou seja, uma dita *criminologia do outro perigoso*⁶²², muito afeita à cultura da guerra e à política neoconservadora. Ao cabo, novamente a defesa social toma a vanguarda e os filisteus da coragem moral fundam os temas centrais de defesa da ordem, da autoridade, da afirmação de valores morais absolutos e da tradição. O próprio combate contra estes inimigos, com os quais não pode se conceber qualquer compreensão mútua, demonstra a retomada da concepção etiológica-essencialista do delinqüente indesejável, perverso, monstruoso e irrecuperável.

O estilo de racionalidade econômica é, assim, o que melhor responderá aos anseios punitivos deste calibre.⁶²³ Qualquer tipo de sensibilidade social paira apenas, se quisermos, na mais longínqua desacreditada memória, pois há uma nova forma de pensar que habita os atores do controle do delito. Inunda o imaginário desta política criminal o enfoque econômico, *management* do “custo-benefício”, da “responsabilidade fiscal” ou quaisquer outros significantes da novilíngua do *Mercado* que sejam desencadeados desde aquele *lugar-tenente*.⁶²⁴ Interessante que, quando se trata de catapultar uma legislação criminalizante após a outra, tal preocupação com os recursos e o saneamento das contas desaparece quase por encanto. Paradoxo fácil de se conceber, e que leva Carvalho a pugnar por uma *Lei de Responsabilidade Político-Criminal*. Imperioso, diz o professor gaúcho, que qualquer projeto legislativo criminalizador seja, ao menos, procedido de um estudo de impacto carcerário, trazendo consigo a previsão de encarceramentos futuros decorrentes da aplicação da nova lei e, fundamentalmente, indicando as políticas públicas necessárias à sua implementação, sobretudo,

⁶²² GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 300. Noutro espaço: “a *criminologia oficial* é, assim, cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente. Há uma ‘*criminologia de si*’, que faz do criminoso um consumidor racional, como nós, e uma ‘*criminologia do outro*’, do pária ameaçador, do estrangeiro perturbador, do excluído e do desagradável. A primeira é invocada para banalizar o crime, moderar os medos desproporcionais e promover a ação preventiva, enquanto a segunda tende a diabolizar o criminoso, a estimular os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir mais.” (GARLAND, David. “As contradições da ‘sociedade punitiva’: o caso britânico”. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade* (Edição da *Actes de la Recherche en Sciences Sociales: De l’État Social à l’État Penal*) Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 86).

⁶²³ Cf. O’MALLEY, Pat. *Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal*. Traducción de Augusto Montero. Colección Criminologías – V – . Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, pp. 24-57.

⁶²⁴ Para se observar como se põe a matriz *neoliberal*, sobretudo, como se coloca o valor da montagem mercadológica, operando ao nível da *fantasia*, ver o nosso AMARAL, Augusto Jobim do. “O Zahir de Borges e a Fantasia Ideológica do Mercado: um estudo de antropologia dogmática”. In: *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. MARCELLINO JR., Julio et. al. (orgs.). Florianópolis: Conceito, 2010, pp. 37-85.

demonstrando a origem dos recursos para a realização da nova política criminal⁶²⁵. Ainda que, a rigor, guarde certa diferença, claramente, a gestão empresarial do delito é irmã siamesa e não tarda a servir ao imperativo mais profundo – mais absolutista, expressivo e intransigente – da intolerância obtusa e cruel do “*castigo a qualquer preço*”⁶²⁶.

Sobretudo, porque, ademais, aproveita-se de um modo de vida, para não dizer um sintoma social, que toma envergadura e precisa ser notado: o *medo*⁶²⁷. Uma cultura

⁶²⁵ CARVALHO, Salo de. “Em defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal”. In: *Boletim* – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: ano 16, n. 193, dez. 2008, pp. 08-10.

⁶²⁶ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 310.

⁶²⁷ Uma profunda análise histórica da canalização de nossos medos é inerente à própria construção de um projeto de sociedade ocidental dita moderna, como assevera em Delumeau. Em especial, é de se notar que, mesmo no período da renascença e das duas reformas religiosas, as obsessões das pessoas que pertenciam à elite e detinham o poder não cessaram. Tomadas pelo pânico social, entre a metade do XVI e metade do XVII, acerca das feitiçarias, estas confissões de medo multiplicaram a loucura persecutória, como vimos, a partir da grande simbiose entre poder civil e religioso, em que os homens da Igreja forneceram a ideologia e o poder leigo a arma de repressão. Sem esquecer nunca que os processos de feitiçaria foram uma autodefesa da ética dominante contra práticas coletivas que a julgava em contrário e que serviu de bode expiatório. Assim, diante da ampliação dos perigos, e sempre com urgência, a justiça precisava ser pronta e severa. Deve-se atentar que este ideário de medo, que canaliza o temor socialmente difundido, não eximiu nem mesmo um dos criadores do direito moderno e da própria ciência histórica, Jean Bodin. Em seu *De la demonomanie des sorciers*, ressoando largamente Sprenger e o *Malleus Maleficarum*, dirá: “*We have prescribed the mild measures and the easily administered medicines; namely, to instruct the people in the law of God, and to lead them into His service. And if all that cannot restrain the wicked in the fear of God, and turn witches from their despicable life, one must apply cauteries and hot irons, and cut off the putrefied parts.*” (BODIN, Jean. *On the Demon-Mania of Witches*. Translated by Randy A. Scott with an Introduction by Jonathan L. Pearl. Toronto: CRRS Publications/Victoria University in the University of Toronto, 1995, p. 173). Partidário da delação como costume louvável e extensivo ao réu que acusasse um cúmplice, pois nem sempre, segundo ele, seria necessário submeter a feitiçeira à tortura para confessar. Às vezes basta impressioná-las com gritos, fazê-las mudar de roupas, tomar suas filhas, deixá-las nuas com os pelos raspados, ou ainda combinar com espíões que se fizessem de prisioneiro (BODIN, Jean. *On the Demon-Mania of Witches*, pp. 176-180). Sobre quais provas assentar a acusação de bruxaria mesmo quando sem a “voluntária” confissão, o ideólogo da soberania nos responde: pode haver a “verdade do fato notório” em que a feitiçeira se encontra na posse de objetos como sapos e imagens de cera, fala com o demônio, ou fascina com os olhos e encanta com as palavras. Doutra parte, na falta destas evidências, pode haver os testemunhos, que não precisam ser numerosos, já que não precisam se procurar muitos para coisas tão detestáveis. Bastam três testemunhos para assentar julgamentos à morte, e para submetê-lo à tortura basta um testemunho irrepreensível. Embora não constituíssem prova para os demais casos, em matéria de feitiçaria, os testemunhos das mulheres são aceitos, assim como os dos cúmplices dos acusados. Afinal, até mesmo os boatos comuns, nestas circunstâncias, dirá o autor, são quase infalíveis (BODIN, Jean. *On the Demon-Mania of Witches*, pp. 181-189). Para arrematar, neste tratado de 1580, um dos mais difundidos sobre a bruxaria na Europa, lê-se: “*Now the trial of so despicable a crime as this must be handled in a extraordinary way and differently from other crimes. He who would like to keep legal tidiness and normal procedures would pervert all divine and human law.*” (BODIN, Jean. *On the*

do controle, difícil imaginar senão intimamente conjugada a uma do medo⁶²⁸, com a nada paradoxal situação da liberdade minuciosamente vigiada por dispositivos securitários, todos acólitos de uma mesma molécula social coagulada pelo temor do outro, que não pode ser senão a escória administrável, ou refugos elimináveis com a enorme ajuda do sistema penal. Atualmente, toma força uma variável no horizonte, que poderia bem se chamar de “*biopolítica pós-política*”, alavanca desta notória *política do medo*. Se a *biopolítica*, ao menos desde o seu destrinchamento realizado por Foucault, e a sua releitura feita por Agamben⁶²⁹, tem como epicentro a gestão da segurança e administração eficaz das vidas humanas, aliada agora a uma *pós-política* alheia aos velhos e estéreis debates ideológicos e mais preocupada “neutramente” com a governabilidade especializada do cotidiano⁶³⁰, o cenário está pronto para a catalização do medo. Não é de se estranhar que num contexto político “despolitizado” seja através do medo que algum tipo de mobilização e mesmo a formação de novas subjetividades

Demon-Mania of Witches, p. 200). Precisamente, pode-se dizer que, no berço da fundação da ideia de soberania, é cabível surpreender, quiçá, aquilo que há de genuíno em sua estrutura, a possibilidade de supressão da regra para a própria conservação do regime, quer dizer, da vigência da exceção em surdina, mas que pode invariavelmente eclodir, exatamente como suposto método de resguardo de esfera de algum “direito humano”. Indo profundamente ver-se-á a mesma falácia pervertida inundando os usos da democracia, dos direitos humanos, invertidos ideologicamente, sob o argumento de sua proteção. Diante disto, pontualmente, sejam as regras prontas para funcionar e disparar o gatilho da exceção, mesmo em regimes democráticos, sejam os processos penais de exceção ou de emergência, tudo isto parece apenas traduzir versões renovadas da mesma lógica totalitária. Enfim, segundo Delumeau, todo este pensamento pode muito bem ser resumido, de forma transepocal, quase que de maneira intemporal, com a máxima: “*para perigo urgente, procedimento de exceção*” (DELUMEAU, Jean. *História do medo no Ocidente (1300-1800): Uma cidade sitiada*. Tradução Maria Lucia Machado. Tradução de notas Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 584). Atualmente, sobre a dinâmica e os usos do medo, ver BAUMAN, Zigmunt. *Medo Líquido*. Tradução de Carlos Almeida Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

⁶²⁸ *Cultura do medo*, por que não dizer, hoje extraordinariamente manipulável (por que tanto medo no ar, com tão pouco fundamento?), a configurar nossas atitudes com o aumento fantástico da percepção sobre ele. É Glassner que nos alerta, mormente no universo americano (crimes, drogas, crianças assassinadas, micróbios mutantes, acidentes de avião, fúria no trânsito etc.), que pode ser replicado nalguma medida para os demais, não somente sob o aspecto do medo mais visceralmente ligado à violência, preocupações além do razoável, que, em seu processo de construção, sob tons hitchcockianos, menos vale pelo estrondo produzido que por sua própria antecipação. O cultivo para tanto medo, certamente, passa por atentar aos verdadeiros vendilhões de nossos medos, seus métodos de marketing e os incentivos aos nossos saldos, pois “*muito poder e dinheiro estão à espera daqueles que penetram em nossas inseguranças emocionais e nos fornecem substitutos simbólicos.*” (GLASSNER, Barry. *Cultura do Medo: Por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos*. Tradução de Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003, p. 40).

⁶²⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

⁶³⁰ RANCIÈRE, Jacques. *El odio a la democracia*. Traducción de Irene Agoff. Buenos Aires: Amorrortu, 2006, p. 17.

possam acontecer. A multidão paranoide não cessa de nos fornecer exemplos: a expansão das políticas anti-imigração prevalecentes mesmos nos cantões ditos “liberais”, passando até pela febre do politicamente correto que assola a linguagem – pouco preocupados que estão seus defensores com o local do qual se enuncia a fala, ou seja, a posição subjetiva, e atados a prescrever freneticamente regras em que, de forma vã, pretendem encerrar a linguagem, relativas ao conteúdo do que é dito –, chegando nas demandas de *lei e ordem* por mais criminalização e punição que se está examinando.

Obviamente, em especial, algo a ressaltar – principalmente quando nos deparamos com ambientes criminais perversos, a compulsão por legislação criminalizante que, ao anverso, denuncia a fraqueza do próprio referencial – são as *estratégias de severidade* a todo o custo (as quais já fizemos referência), que caracterizam os regimes totalitários em matéria penal. Nada de novidade nisto, mas que se diga de forma diversa. Boa estratégia nestes Estados (ocorre algo idêntico em *terra brasilis*) é a tipificação exacerbada de quase toda e qualquer conduta, ao passo que fica difícil, como os estudos criminológicos já apontaram faz mais de meio século, que alguém possa dizer, senão cinicamente, que não lhe poderá ser imputado algum delito. Contudo, como cristalino, a *seletividade* do sistema penal sempre impera de forma determinante, ou seja, não serão naturalmente todos os crimes que cairão na malha penal. O que isto carrega consigo? Aparentemente, poder-se-á dizer que o sistema é ineficaz (lógica que só gera o seu próprio inchaço e desconhece que este é um dado estrutural de qualquer sistema punitivo) ou que é complacente de alguma maneira. O que, todavia, se esconde neste impulso, e é combinado a ele ao mesmo tempo, é a *constante ameaça disciplinar*⁶³¹. O reverso denegado a ser registrado poderia dizer: “nada de brincadeira conosco, comportem-se a nossa maneira, senão...”. Ou seja, é a sobreposição da potencial *culpabilidade de todos* (num sistema frágil de freios ao arbítrio estatal, afinal, o que quer que façamos pode ser crime) e da *seletividade* (dispositivos de criminalização primária e secundária que, para usar a linguagem foucaultiana, forjam uma *rede diferenciada de ilegalidades*) que constituem as próprias condições de sobrevivência destes regimes. Por definição, estes Estados totalitários necessitam, assim, ser indulgentes a certas violações à lei para que permaneçam e ampliem suas baterias disciplinares “extralegais”.

⁶³¹ ŽIŽEK, Slavoj. *Violence*, pp. 158-159.

4.2. Encarceramento e o Engodo dos Substitutos Penais (menos prisão = mais prisão?)

As características gerais de um certo tipo de organização social, conectadas às condições da modernidade tardia, (re)configuram o campo do controle do delito de uma forma mais ou menos constante. O caso brasileiro, ainda que conjunturalmente diverso, estruturalmente também obedece, em maior ou menor medida, ao fluxo que movimenta o palpitante teatro burocrático-midiático da *lei e da ordem*⁶³². Apesar de haver uma relação assimétrica entre crime e pena, quer dizer, a variação de um não determina necessariamente algum impacto no outro, cabe frisar que, nos Estados Unidos, cenário mais visível desta dinâmica punitiva, ainda que a incidência das principais categorias de registro de infrações criminais, segundo o *Bureau of Justice Statistics*, tenha se estabilizado quantitativamente entre os anos de 76 e 98, a curva de encarceramento apresentou um alarmante salto a partir das décadas de 80 e 90.⁶³³ Coletas atualizadas permitem verificar que o índice de crimes violentos (estupro, roubo, roubo qualificado e homicídio) naquele país já começava a declinar em 1993, isto persistindo (à exceção de uma levíssima elevação de 2004 para 2005) até o dado disponível em 2009 (1.459.200 registros), no entanto, em direção radicalmente contrária caminharam os níveis de prisionalização.⁶³⁴

Mesmo assim, os arautos do eldorado da *lei e da ordem* parecem teimar em ignorar e desconsiderar que a população encarcerada aumentou cinco vezes em vinte e

⁶³² Notável é o trabalho de pesquisa amplamente desenvolvido por Wacquant no tocante à – agora nem tão – nova gestão da miséria nos Estados Unidos e suas políticas de lei e ordem, da ascensão do Estado Penal em detrimento dos aparatos do Antigo Estado Social. Da amplíssima obra, destaque para WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*, pp. 85-330. Quanto ao senso de punição neoliberal, do Estado providência ao Estado penitência, alargado para o continente europeu, em destaque, além de WACQUANT, Loïc. *Prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001 e WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*, pp. 405 ss., também Cf. SALAS, Denis. *La Volonté de Punir*, pp. 105-122. Ainda em caráter comparativo, sobre os aspectos de convergência transatlântica, todavia com maior força sobre a análise das lógicas de polarização, da marginalização, nos centros urbanos, ver, além de SALAS, Denis. *La Volonté de Punir*, pp. 122-138, WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade: estudo sobre a marginalidade avançada*. Tradução de João Roberto Martins Filho *et al.* Rio de Janeiro: Revan/FASE, 2001 e WACQUANT, Loïc. *Parias Urbanos: Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Traducción Horacio Pons. Buenos Aires: Manantial, 2001.

⁶³³ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, pp. 255-261.

⁶³⁴ BJS – Bureau of Justice Statistics. *Four measures of serious violent crime*. U.S. Department of Justice, 2009 disponível em: <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/glance/cv2.cfm>.

cinco anos. Em 2008, estava na casa dos 2.424.279 presos⁶³⁵ (incluindo todos os internos presos em estabelecimentos federais e estaduais, em cadeias locais, nos territórios americanos, em instalações militares, no serviço de imigração e alfândega, em cadeias nos territórios indígenas e em estabelecimentos juvenis), o que, levando-se em conta a população estimada no *U.S. Census Bureau* de 304.374.846 pessoas à época,⁶³⁶ aproxima o índice de encarceramento da ordem de 796 presos para cada 100.000 habitantes. Soma-se a isto o fato estarrecedor de que, com a extensão continuada da colocação de enorme parcela da população sob a tutela penal, em 2008, já havia 7.308.200 cidadãos, mais de 2,3% de toda a população do país (ou 1 para cada 31 adultos) sob a égide do controle penal.⁶³⁷ Isto corresponde a um homem adulto em vinte, um homem negro em dez e a um jovem negro cada três.⁶³⁸

Em geral, aqueles que estão fora da detenção propriamente dita ainda ostentam uma posição judiciária extremamente precária, com grandes chances de retornar à cadeia. Portanto, deve-se destacar que a malha de dominação do sistema penal estadunidense ampliou-se consideravelmente exatamente pela proliferação dos aparatos de bancos de dados criminais e pela multiplicação dos meios e de pontos de controle à distância (vigilância eletrônica) que eles possibilitam,⁶³⁹ caminho que, como vimos, está bem pavimentado e será trilhado em solo brasileiro. Qualquer pretensão recuo nos números de encarceramentos, se ocorrer, é apenas produto transitório e, ademais, é respondido com a expansão aguda da tutela da justiça penal por estes outros processos multiformes de controle. É o fenômeno que se poderia chamar de “*transcarcerização*” – algo de novidade relativa, já identificado pelos estudos criminológicos mais atentos.⁶⁴⁰

O Brasil, ainda que noutra escala, demonstra tendência em percorrer o mesmo caminho. O que não nos poderia deixar enganar seria o tamanho crescimento do

⁶³⁵ BJS – Bureau of Justice Statistics. *Prisoners in 2008*. U.S. Department of Justice, 2009, p. 08 (disponível em: <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/p08.pdf>).

⁶³⁶ População residente no país em 1º de julho de 2008: U.S. CENSUS BUREAU. *Monthly Population Estimates for the United States: April 1, 2000 to November 1, 2010*. U. S. Department of Commerce, 2009, disponível em: <http://www.census.gov/popest/states/tables/NA-EST2009-01%201110.xls>

⁶³⁷ BJS – Bureau of Justice Statistics. *Probation and Parole in the United States 2008*. U.S. Department of Justice, 2009, disponível em: <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/ppus08.pdf>.

⁶³⁸ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*, pp. 14 e 233.

⁶³⁹ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*, p. 232.

⁶⁴⁰ COHEN, Stanley. *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*. Cambridge: Polity Press, 1991, pp. 230-235 e 254-272.

contingente carcerário no país ao longo dos últimos anos. Nunca se puniu tanto quanto atualmente no Brasil. O recrudescimento dos aparelhos do sistema penal demonstra o êxito do punitivismo em terras brasileiras. O Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) vinculado ao Ministério da Justiça, com referência a dezembro de 2010, aponta que havia um total geral de presos no sistema e na polícia de 496.251 indivíduos⁶⁴¹. Os dados consolidados de 2008/2009⁶⁴² demonstram que, em 2003, a população total no sistema era de 308.304 presos – quer dizer, um incremento de mais de 60% em sete anos. Curva ascendente já vinha corroborada por relatório de setembro de 2010 do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).⁶⁴³ Nele, o Brasil consolidou a posição de terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás, em patamares absolutos, apenas dos Estados Unidos e da China – que, até meados de 2009, segundo o *Internacional Centre for Prison Studies*, do *School of Law*, do *King's College London*, tinha 1.620.000 presos.⁶⁴⁴

Correlacionado ao contingente populacional, mesmo assim, segue-se no mesmo sentido crescente. Para simplificar o raciocínio, publicado recentemente no Diário Oficial da União, no dia 04 de novembro de 2010, os dados preliminares do Censo 2010⁶⁴⁵, onde aparece a população brasileira em número de 185.712.713. Com aquele número de dezembro de 2010, de 496.251 presos, temos hoje, no Brasil, abismais 267,2 presos para cada cem mil habitantes. Assim, se em 1º de agosto de 2000, o censo

⁶⁴¹ DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *População Carcerária – Sintético/2010*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010., disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>

⁶⁴² DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Dados Consolidados 2008/2009 – Sistema Penitenciário no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>

⁶⁴³ CNJ – Conselho Nacional de Justiça. “Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo”. Brasília, 28 set. 2010, disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12150:brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo&catid=1:notas&Itemid=169. Acesso em: 28 set. 2010.

⁶⁴⁴ KINGS COLLEGE LONDON. *World Prison Brief: Brief for China*. International Centre for Prison Studies: Londres, 2010, disponível em: http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/wpb_country.php?country=91

⁶⁴⁵ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Dados do Censo 2010 publicados no Diário Oficial da União do dia 04/11/2010*. Rio de Janeiro: Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010, disponível em: http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php

demográfico do IBGE apontava 169.590.693 habitantes⁶⁴⁶ e a população carcerária no mesmo ano, por dados do InfoPen, era de 232.755 presos⁶⁴⁷ (137,2 presos/cem mil habitantes à época), houve um impactante aumento, pelos números atualizados do CNJ, de mais de 110% ao final de 10 anos.

Suma, para além das variações numéricas, os indicativos são evidentes. Se este panorama já não ocupasse quase um local comum na agenda de quem se presta minimamente a lidar com a problemática do controle penal, caberia vez mais frisar que vem havendo, há certo período, um grande crescimento da população carcerária nacional, seja em padrões absolutos ou relativos à densidade populacional.

A figura toma cores mais nítidas e comprometedoras quando se agrega o fato de que nada adiantaram os mais variados *substitutivos penais*⁶⁴⁸ aplicados, ao longo do tempo, no Brasil. Desde as penas pecuniárias, passando pela suspensão condicional da

⁶⁴⁶ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Sinopse Preliminar do Censo Demográfico 2000*. Vol 7. Rio de Janeiro: Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, 2001, p. 22 (disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/sinopse_preliminar/Censo2000sinopse.pdf)

⁶⁴⁷ DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *População Carcerária – Sintético/2000*. Brasília: Ministério da Justiça, 2000, disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>

⁶⁴⁸ Trata-se de um sistema agregado à pena de meios preventivos de defesa social contra o crime, herança da escola positiva. Quer dizer, diante daquilo que Ferri chamou de “responsabilidade social”, surgindo a possibilidade de referir o delito ao comportamento de alguém, cabível uma variada gama de mecanismos de intervenção particularizada ao delinquente, que projetava o controle, para além do encarceramento, de acordo com as condições pessoais do criminoso, durante e depois do processo penal. Conforme escreve: “A Escola Positiva, substituindo por meu intermédio, logo no início, o critério da “responsabilidade social” ao de “responsabilidade moral”, deu uma solução ao problema da responsabilidade humana, que se pode aceitar ou não, mas que é certamente lógica e conseqüente como o era a da Escola Clássica pura. Com a única diferença de que a solução positivista é tirada da observação palpante da realidade humana com os estudos acerca do homem delinqüente, enquanto que a solução clássica foi tirada somente da lógica abstrata, ignorante de como seja realmente formado o homem criminoso. (...) Se qualquer crime, do mais leve ao mais feroz, é a expressão sintomática de uma personalidade anto-social, que é sempre mais ou menos anormal e portanto mais ou menos perigosa, (...) incumbe ao Estado a necessidade (...) da defesa repressiva, somente subordinada (...) à personalidade de cada delinqüente. (...) Todo sujeito ativo de delito é, portanto, sempre penalmente responsável, desde que o ato seja ‘seu’, isto é, expressão de sua personalidade, quaisquer que sejam as condições fisiopsíquicas em que ele o deliberou e executou. E as sanções defensivas contra ele só deverão ser condicionadas pela qualidade e quantidade, da sua diversa potência ofensiva. E a razão jurídica fundamental disto, que eu chamei, no campo teórico, responsabilidade ‘social’ (isto é, para com a sociedade) (...) é por mim resumida nas palavras: ‘o homem é sempre responsável de todo o seu ato, somente porque e até que vive em sociedade’”. (FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*, pp. 216-217. Sobretudo, cf. FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*, pp. 121-183 e pp. 317-350).

pena, e chegando até o livramento condicional, sucessivos mecanismos foram aplicados na esteira da tentativa de evitar a prisionalização, fato marcante no movimento político criminal pelo mundo a partir principalmente da década de setenta. Tais substitutivos, *standard* do século XX em matéria de controle penal, viriam sumariamente enfrentar a “crise da prisão”, sobretudo a da sua superlotação.

Talvez não haja circunstância mais saliente a representar o fracasso no Brasil de se evitar a pena privativa de liberdade que o resultado das práticas das ditas genericamente “penas alternativas” (aqui entendidas também as medidas alternativas advindas dos Juizados Especiais Criminais – Lei 9.099/95). Não há como negar que, dentre outros objetivos⁶⁴⁹, de alguma parte, vieram a seu tempo para tentar suprir o perene déficit de vagas no sistema prisional nacional, ou diminuir o impacto sobre ele. Penas e medidas alternativas que visavam, ao menos, a esvaziar ou a ajudar a atenuar as condições prisionais catastróficas no país. Se, como visto, em terras americanas, a malha foi estendida independente da adoção de formas outras em meio aberto – a curva crescente do encarceramento é acompanhada por aquela da aplicação de medidas diversas, ambas tomam parelha carreira, ou seja, a ampliação do manancial de controle do sistema penal sobre os cidadãos foi acompanhada pelo aumento vertiginoso da população carcerária – nada havendo de minoração ou enxugamento do controle penal; contra o desperdício da experiência, talvez não fosse preciso demonstrar – sabendo-se da pulsão expansiva contida em todo sistema penal, independente do local – aquilo que veio a ocorrer no Brasil.⁶⁵⁰

Se, de 1984, quando da edição da Lei 7.210, com a inserção na reforma da parte geral do código penal das penas restritivas de direito, até 1987, havia um número pífio de 197 condenados cumprindo penas alternativas (isto na cidade de Porto Alegre, na época, único núcleo deste tipo de execução no país), na década de noventa, ocorreu um novo impulso determinante para se acompanhar esta nova dinâmica supostamente descarcerizante. O primeiro vetor normativo foi a criação dos Juizados Especiais

⁶⁴⁹ Profundamente em AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da Justiça e Controle Social: Estudo Sociológico da Implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre*. São Paulo: IBCCRIM, 2000. Para a crítica e amplo exame da matéria: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 e dos mesmos autores *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁶⁵⁰ Neste sentido, CARVALHO, Salo de. “Substitutos penais na era do grande encarceramento”. In: *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS [recurso eletrônico], 2010, pp. 146-171.

Criminais pela Lei 9.099/95. Ali se trouxe a possibilidade da composição civil (com a vítima) e/ou a transação penal (com o Ministério Público) nos chamados casos de crimes de menor potencial ofensivo (delitos cuja pena máxima não fosse fixada acima de dois anos – originalmente, a Lei 9.099/95 definia como crimes de menor potencial ofensivo aqueles cujo patamar de pena não fosse superior a um ano – alteraram-se posteriormente as hipóteses de gozo destes direitos para dois anos de pena máxima pelas Leis 10.259/01 e 11.313/06). Trazida foi ainda a possibilidade da suspensão condicional do processo, extensiva a todo o sistema processual penal, nos ditos delitos de médio potencial ofensivo, aqueles cuja pena mínima não ultrapassasse um ano. O outro braço fora a edição da Lei 9.714/98, que deu novo fôlego às penas restritivas de direito e veio ampliar as possibilidades de sua aplicação aos crimes com penas fixadas até quatro anos de reclusão.

Se, em 95, primeiro ano de vigência dos juizados especiais criminais, já houve (além dos 1.692 cumprimentos de *penas alternativas* – penas restritivas de direito) o registro de 78.672 casos de *medidas alternativas* (composição civil, transação penal ou suspensão condicional do processo), os dados de 2002 – após um curto período de implementação da Lei 9714/98, bem como passada a redefinição dos critérios da Lei 9099/95 pela 10.259/01 – já demonstravam um substancial aumento: 21.560 cumprimentos de *penas alternativas* somados aos 80.843 casos de execução de *medidas alternativas*. Assim, a linha evolutiva do controle punitivo formal não carcerário não cessou de se exprimir de maneira aguda. Em 2009, os índices já apontavam para 126.273 o número de cumpridores de *penas alternativas* e de 544.795 a quantidade de pessoas cumprindo *medidas alternativas*, chegando-se num total de 671.078 indivíduos sob a tutela do controle penal descarcerizado. – Nem por isso os níveis de encarcerados diminuíram –. A evolução da relação comparativa entre prisões e penas/medidas alternativas continua gritantemente crescente.⁶⁵¹ Não é demais reafirmar que, já em 2009, chegávamos (somados aos dados de 2010 de presos na casa de 496.251) à amplitude da teia penal no Brasil de mais de 1.167.329 pessoas envolvidas. Que se diga sem muita parcela de erro: a institucionalização das penas e medidas alternativas não diminui os níveis de encarceramento no Brasil, ao contrário, a curva permanece

⁶⁵¹ DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Evolução Histórica das Penas e Medidas Alternativas (PMAS) no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm>

crescente, gradual e constante, o que bem pode retratar a falácia do discurso que se mantém firme, até com belas intenções, quando da defesa dos instrumentos substitutivos com vistas a diminuir o impacto das políticas punitivistas.

É o que reafirmou o *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*, estudo realizado, entre dezembro de 2004 e janeiro de 2006, pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquento (ILANUD/Brasil) em convênio com o Ministério da Justiça por meio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN/MJ). Válida a longa citação:

*“A pena alternativa, tal como é prevista no ordenamento brasileiro e aplicada pelo sistema de justiça, não cumpre a função de “esvaziar as prisões”, ou seja, o perfil do indivíduo apenado por pena restritiva de direito, especialmente quanto ao delito cometido, não se identifica com o da população carcerária. (...) conclui-se que os indivíduos que são condenados à pena privativa de liberdade e que têm realmente sua pena substituída pela pena restritiva de direitos não seriam apenados com a prisão, dada a pré-existência de outros institutos, como o sursis, que evitariam sua prisão. A lei 9.714/98, promulgada com vistas à ampliação das possibilidades de aplicação das penas alternativas, ao prever o aumento para quatro anos do quantum de pena passível de substituição, mostrou-se absolutamente ineficiente para essa finalidade. (...) a restrição introduzida pela referida lei aos delitos cometidos com ameaça e violência também afastou as possibilidades de aplicação das penas alternativas aos condenados pelo delito de roubo, ainda quando é compatível o tempo de pena. Tendo em vista a imensa proporção de indivíduos condenados no sistema carcerário por esse crime e por outros delitos também excluídos das possibilidades legais de substituição, chega-se à conclusão de que é reduzido o impacto das penas alternativas para diminuição do contingente prisional.”*⁶⁵²

Questão atenta poderia ser aposta para tensionar pouco mais o raciocínio: poder-se-ia questionar se a situação não seria ainda pior sem este tipo de política alternativa? Os níveis de prisões não seriam mais amplificados sem a possibilidade de medidas alheias à privação da liberdade? Estariam estas práticas na esteira do que se poderia chamar de *redução de danos*⁶⁵³?

⁶⁵² ILANUD/Brasil – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquento. *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas: Relatório Final de Pesquisa*. São Paulo: ILANUD, 2006, pp. 16-17 (disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ87675D02ITEMIDF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm>).

⁶⁵³ Oriunda de intervenções terapêutico-assistenciais relativas à política criminal de drogas, o significado disto neste âmbito diz respeito à aceitação das evidências de que a maioria das pessoas não deixará de consumir substâncias psicoativas, lícitas ou ilícitas, e que a atitude mais racional e eficaz para minimizar as consequências adversas de um tal consumo está no desenvolvimento de políticas de saúde pública que possibilitem que este faça em condições que ocasionem o mínimo possível de danos ao indivíduo consumidor e à sociedade (KARAM, Maria Lúcia.

Antes de tudo, como referencial, certo é o alerta de Baratta extremamente válido:

*“Cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas y menos danosas las condiciones de vida de la cárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado con respecto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean las de legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución en su conjunto.”*⁶⁵⁴

Uma *reintegração social* – vista desta forma somente, longe da falácia idealista da ressocialização que é percebida *através* da prisão – não poderia ser perseguida senão *apesar* dela, ou seja, cabe fazer menos aflitiva as condições de vida dentro da prisão, avaliar meios para fazer menos nociva a instituição para a vida futura do condenado, jamais esquecendo que *“la mejor cárcel es, sin duda, la que no existe”*.⁶⁵⁵

Lamentavelmente não é do que se trata no caso das novas iniciativas de controle que se lança mão. Nada mais transparece nelas senão um reformismo confrontado com seu próprio limite, ao não fazer parte de uma estratégia de redução ou mesmo de abolição da instituição carcerária. “Cárcere melhor”, tese a que a esta posição subjaz – ainda se fosse aceito o falso argumento de diminuição do impacto da prisão – apenas seria aceitável se, sobretudo, viesse ancorada no “menos cárcere”. Não é o que a experiência cansa de demonstrar. Aumentamos as plataformas alternativas sem, em momento algum, uma efetiva descarcerização ou uma redução na expansão da prisão. Nada garantiu, até hoje, que pudéssemos ter uma drástica redução da aplicação da pena carcerária diante destas medidas reformadoras.

Proibições, Riscos, Danos e Enganos: as Drogas Tornadas Ilícitas. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50). Todavia, numa escala mais ampla, adequada ao nosso intento, o conceito se apercebe mais movediço, diria maleável. Contudo, a título de aproximação, contíguo ao argumento até aqui levantado, vincula-se a uma postura que problematiza não somente a dogmática penal, a criminologia e o processo penal, mas o sistema penal como um todo, tornando-se facilitadora da promoção de alternativas de minimização do impacto das violências privadas (delito em si) e públicas (abuso dos poderes penais), por certo, para além da resposta penal.

⁶⁵⁴ BARATTA, Alessandro. “Ressocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social del condenado”. In: *Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel*. ARAÚJO JR., João Marcello de (org.). Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 254.

⁶⁵⁵ BARATTA, Alessandro. “Ressocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social del condenado”, p. 253.

A política dos *substitutos penais* – meios de *defesa social*, não esqueçamos ao fundo –, assim, não elide a centralidade na punição do dispositivo da prisão. O centro do “arquipélago carcerário” é – pelo contrário, ao se reproduzir sua lógica – relegitimado, reforçado e ratificado. São aditivos às prisões que, quando não se tornam meros prolongamentos do encarceramento, esgarçam a rede de controle social formal. Por um lado, a extensão da rede de vigilância é ampliada; não se enfraquece a prisão que, por outra via, acaba por sair revigorada em sua função.⁶⁵⁶

Suficiente para aquilo que a exploração do tema pede, cabe por certo não arredar pé, para se encontrar uma posição firme, da premissa básica extenuantemente vista até agora: os *substitutos penais* não respondem à atenuação da prisionalização e não servem de válvula de escape para o número de vagas no sistema ou outro efeito análogo. Carece de importância conjecturas do que poderia ter ocorrido ou poderá ocorrer. Se a pedra de toque é salvar o número máximo de vidas possível desde a limitação do poder punitivo, pouco cabimento guarda saber se hoje poderia ser ainda pior. Indubitável, pois – e é sobre isto que se deve trabalhar –, que o resultado destas práticas foi o alargamento do tecido penal que, de uma forma ou de outra, também acabou sendo viabilizado por estes mecanismos. Mais importante à reflexão, talvez, seja enfrentar estas questões para além da mera comprovabilidade empírica (com a ajuda deles, naturalmente), para tocar exatamente naquilo que de nuclear há para se perceber.

Pontualmente – a título de exemplo, que funciona metonimicamente como arco de argumentação –, se estivermos falando de dispositivos eletrônicos ou outros meios que, em tese, num primeiro momento, aliviariam o acesso às vagas na esfera da execução da pena em meio aberto, o que haveria, não tarde no momento seguinte, seria um novo déficit de vagas, igual ou maior do que o anterior, tanto no âmbito dos regimes de semiliberdade quanto agora na nova esfera destes incipientes dispositivos eletrônicos. Não se esqueça que, depois, além disso, não deixaríamos de ter um produto agregado, uma nefasta “mais-valia punitiva”, um preço maior a ser pago: se, por um lado, não ganharíamos a possibilidade de reduzir o âmbito da prisão, noutra patamar, teríamos como síntese inarredável a inflação exponencial do controle penal. Isto nada teria a ver com uma política do “menos pior”, muito menos seria condizente com uma espécie de *política redutora de danos*, ao menos na perspectiva assentada.

⁶⁵⁶ SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito Penal: a Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 298-299.

Aquilo que a uma primeira vista mais açodada poderia ser associado a um conjunto de mecanismos voltados a limitar a estrutural propensão ao excesso do poder punitivo – quer dizer, à minimização do *Estado de polícia*, implícito em cada modelo de Estado de direito historicamente considerado, consciente este de seu papel de resistência trágica, como visto – esconde verdadeiramente uma veia propulsora deste mesmo poder. Afirma-se isso, não porque se esteja fazendo um exercício de futurologia, mas apenas porque não merece ficar incólume e intocado o que há de central no funcionamento do sistema penal e do poder punitivo como um todo: a sua *expansividade*.

A história do sistema penal, em alguma medida, sempre foi a história da sua própria metamorfose. A sua reconfiguração é a da sua própria lógica. A própria prisão, em particular, já nos alertava Foucault⁶⁵⁷, sempre utilizou-se desta propriedade de forma magistral: nasceu com o objetivo pautado pela sua perene reforma, ela é como que seu programa, e não tardará em se dar conta do momento de se “flexibilizar” para não perder sua centralidade. Ignorar a dinâmica expansiva do poder punitivo, menosprezar que algum *dispositivo* que for lançado nestas engrenagens, ainda que dotado das melhores intenções, incorporará e não ficará privado de suas propriedades estruturais, é ficar afeito a um delírio infrutífero.

A sua vez, pensar em chamar todos aqueles “*refugos*” do corpo social, seja para demonizá-los ou “heroizá-los”, de *marginais*, seria facilmente esquecer a posição central que engendram no sistema (penal). Nunca ausente o alerta de Foucault⁶⁵⁸ ao afirmar: ainda que olhos complacentes enxerguem nestas *marginas* as marcas da “*fronteira da exclusão*” social, poucos atentam que *elas* mesmas são “*espaços discretos e ensurdecidos*” que permitem a lei mais austera se aplicar. Por onde *elas* circulam são locais completamente alheios ao lirismo que *as* imagina como um “fora”, mas são os próprios intervalos internos, pequenos interstícios que permitem o funcionamento da *gestão das ilegalidades* pelo sistema penal. Em algum sentido, faz parte da miríade da inclusão, da dinâmica da sociedade na qual o sistema penal desempenha o papel de gerenciar seletivamente quais serão as ações toleradas ou não, mesmo que ilegais.

⁶⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 197.

⁶⁵⁸ “*Mais les marges où ils circulent ne sont pas marquées par les frontières de l’exclusion; elles sont les espaces discrets et assourdis qui permettent au profil le plus honorable de s’étendre, à la loi plus austère de s’appliquer.*” (FOUCAULT, Michel. “Préface”. In: *Leurs Prisons: Autobiographies de prisonniers et d’ex-détenus américains*. JACKSON, Bruce. Traduit de L’Anglais par Maurice Rambaud. Paris: Plon, 1975, pp. II-III).

Não é nenhuma novidade que a punição desempenha uma *função social complexa*, que a sanção pelo crime não é simplesmente o seu único elemento essencial. Isto nos ajuda a atentar, como fez há algum tempo Rusche e Kirchheimer⁶⁵⁹, para os “efeitos positivos” e úteis que de alguma forma ela acaba por sustentar. Castigos não foram feitos apenas para sancionar, sabemos, servem também para manter e bem aperfeiçoar os próprios mecanismos punitivos e suas funções. Com a nova distribuição do poder de punir havida no século XVIII, uma *nova economia do castigo* se formou no ponto de injunção entre a luta contra um superpoder do soberano e, sobretudo, contra o infrapoder das ilegalidades toleradas. Quer dizer, em rápida síntese, a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade mais suscetível às classes populares, agora ditas perigosas, foi a dos bens; de outro, à burguesia ascendente, então, se reservaria a ilegalidade de direitos. Sabemos para qual delas se guardou o caminho ordinário do castigo. Assim, nunca é dispensável lembrar que o “*o sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las todas.*”⁶⁶⁰ Então poder-se-ia perguntar se a própria delinquência e seus circuitos punitivos não operariam para um maior lucro e melhor rendimento do sistema?

As franjas da *lei e da ordem* não são meras regiões rebeldes prontas a ser controladas, mas, sim, as condições de seu próprio exercício real. Mas para isto é preciso que as ilegalidades da delinquência sejam organizadas com muito cuidado, “*como um perigo permanente*”, daí se torna aceitável a relação de poder estabelecida pela lei. Estará antevista, assim, a imposição da *violência secreta da lei* que, para impor suas coações, necessita que haja no “centro” do sistema, e não nas fronteiras exteriores, estas “*zonas de perigo*”, toleradas ou não. Cumplicidades: há uma espécie de jogo em suas engrenagens. Prontamente, uma delinquência que deve ser exposta de maneira sensacional pela imprensa, importando aí apenas que o criminoso, nesta espécie de esquema cínico, traga medo. Um delito menor, pois, está intrinsecamente conectado e remonta a uma rede de ilegalismos permanentes, segundo os quais funciona o aparelho de poder (penal), afinal, “*o funcionamento do poder e a gestão dos ilegalismos têm parte comum*”.⁶⁶¹

⁶⁵⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, p. 20.

⁶⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 74-75.

⁶⁶¹ “*On est, depuis long temps, à l’âge où le fonctionnement du pouvoir et la gestion des illégalismes ont partie liée.*” (FOUCAULT, Michel. “Préface”, p. VI).

Pouco haveria para se retirar de denúncia no discurso, de alguma maneira – diante de uma massa carcerária que, por exemplo, em 2009, tinha quase 60% de jovens até 29 anos de idade e mais de 92% dos detentos que não conseguiram sequer completar o ensino médio⁶⁶² – se ficássemos embrenhados no exame da forma atribuída a determinada delinquência – independente de estatísticas, na maioria envolvida com drogas (meio, por excelência, parcialmente lícito, que encontra suas ramificações em atividades “honestas”, em que os prisioneiros são as mais fáceis vítimas de uma mão-de-obra febril) ou crimes contra o patrimônio, sob o manto da vulnerabilidade social –; nada de subversivo haveria senão aproximando-se da leitura mais escandalosa, da intolerável verdade, asseverada por Foucault, que não cansa de sufocar: “*é tudo arranjado, de alto a baixo do sistema, para que funcionem os ilegalismos e os delinquentes mais lucrosos se multipliquem.*”⁶⁶³ A revolta está feita apenas quando se escarnece os ilegalismos arranjados, politicamente.

Fazer, assim, uma história do presente, de certa maneira, passa por aí. E a pena de prisão, vista então como forma essencial do castigo, desde quando colonizou a penalidade, foi marcada visivelmente pelo despotismo, pelo arbítrio e pelos ilegalismos.⁶⁶⁴ Quer dizer, noutros termos, a forma-prisão já nasceu “em crise” – o que se choca paradoxalmente com o caráter de obviedade que tão cedo assumiu desde os primeiros anos do XIX. Ao clima de “*detestável solução, de que não se pode abrir mão*”⁶⁶⁵, desde sua consolidação, tomou lugar, paralelamente carregado, o fenômeno, nada tardio, da “reforma da prisão”. É assim que seus mecanismos aparentemente de correção, de “programas de melhora” representam seu funcionamento, uma tecnologia ligada a sua própria existência.

O que se percebe nestes movimentos inerentes ao registro do controle é uma nova configuração de uma mesma vigilância penal mais atenta ao corpo social, para não dizer, uma *nova economia do poder castigar* – “punir melhor” – nada inédito senão por

⁶⁶² DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Dados Consolidados 2008/2009*, pp. 43-44.

⁶⁶³ “*S’il y a une subversion dans tout cela, ce n’est pas dans la forme meme d’une délinquance qui serait révolte, mais dans l’intensité d’un acharnement, dans une série de répétitions, dans une course frénétique qui finit par faire sauter les portes les mieux ouvertes, les canaux les plus larges. Et du coup apparaît la chose scandaleuse, l’intolérable vérité qu’il faut étouffer en faisant disparaître définitivement le coupable: c’est que tout avait été aménagé, du haut en bas du système, pour que fonctionnement les illégalismes et que les délinquances les plus profitables se multiplient.*” (FOUCAULT, Michel. “Préface”, p. V).

⁶⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 99.

⁶⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 196.

aqueles que esqueceram como se deu de forma semelhante o processo de reforma penal levada a cabo do suplício (vingança do soberano) à punição generalizada (defesa da sociedade), mesmo depois em sua versão “mitigada” no século XVIII.⁶⁶⁶

O projeto neoliberal, a sua vez, de lugar especial na *biopolítica* do século XX⁶⁶⁷, com seu intento de introdução dos princípios do Estado de direito na ordem econômica – vê-se bem na plataforma de Hayek⁶⁶⁸ –, não poderia, por sua vez, ter deixado de trazer duas noções basilares ao seu funcionamento: *Lei e Ordem*, que vai muito além de uma prática localizada em matéria de punição. Longe de qualquer *slogan*, como diz Foucault⁶⁶⁹, de uma extrema direita americana bitolada e originária do *Midwest*, afastado de um mero lema do conservadorismo americano, *Law and Order* é o próprio pressuposto de um Estado que deve ser cego aos processos econômicos. A ação do governo não poderia ser caracterizada senão como um prestador de regras para um jogo econômico em que os únicos agentes reais devem ser as empresas. Somente para isto

⁶⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 66-76.

⁶⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, pp. 297 ss.

⁶⁶⁸ A ideia de que o “objetivo” do direito é estar a serviço da formação de uma ordem espontânea (do mercado) – mesmo que sempre imperfeita, razão para permanentemente aperfeiçoá-la – e a de que o próprio juiz seria uma instituição desta mesma ordem pronto a resguardá-la, aparece claramente em Hayek. Escreve: “*La demostración que hacen los economistas del hecho de que el mercado produce un orden espontáneo es considerada por la mayoría de los juristas con recelo, e incluso como un mito.*” Para eles, segue o autor, “*en no admitir la existencia de un tal orden espontáneo impide a la mayoría de ellos, que no son economistas de profesión, captar esa concepción, fundamental para comprender la relación existente entre el derecho y el orden de las ciencias humanas.*” Ao breve lampejo, que parece de humildade científica, afinal se apresenta o argumento de fundo: “*esto no quiere decir que el orden global de la sociedad sostenido por las reglas de conducta sea cuestión exclusiva de la economía. Pero hasta ahora sólo la economía ha desarrollado técnicas teóricas apropiadas, las cuales sólo ahora, lenta y gradualmente, se aplican también a órdenes distintos del mercado. Probablemente el orden de mercado sea también el único que cubre todo un campo de la sociedad humana.*” Noutras palavras, ao juiz caberá manter e reforçar uma ordem global do mercado que funciona e que ninguém, supostamente, projetou deliberadamente, pois formada “por si mesmo, com independência de conhecimento”. Assim, os esforços judiciais fazem parte de um processo de adaptação da sociedade às circunstâncias pelas quais se desenvolve esta ordem espontânea: “*en realidad, su labor sólo tiene sentido dentro de un orden espontáneo o abstracto de la actividad humana tal como el que produce el mercado*”. Nada mais lógico, ainda, que diga alijar alguma *Razão de Estado* (já que está aí para continuá-la), desde a pretensa contenção do poder estatal e a desmistificação da política (HAYEK, Friedrich A.. *Derecho, Legislación y Libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid: Unión, 2006, pp. 123-154; cits. pp. 145, 146 e 151).

⁶⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, pp. 238-239.

serviria uma moldura jurídico-institucional, a *lei*, garantida pelo Estado para uma *ordem* espontânea da vida econômica.⁶⁷⁰

A perda é enorme ao não se atentar para cada *nova cena* da economia da punição e, mais profundamente, fazer da penalidade lugar de incessante reflexão. Uma penalidade que pretenda ter efeitos sobre os indivíduos não pode evitar se transformar perpetuamente.⁶⁷¹ Tão importante quanto à necessidade de opor obstáculos aos mecanismos que tendem à ampliação da rede penal é surpreender inclusive os próprios discursos que, aparentemente, quando não de face ingênua, pretendem-se dotados da potência de diminuir os enormes danos que o poder punitivo vem produzindo. Por razões éticas e políticas, é aconselhável a inquietação frente a este estranho poderio tão seguro de si próprio. Como a face do *Angelus Novus*, da pintura de Klee, vista por Benjamin⁶⁷², que, de olhos escancarados, boca aberta e as asas desfraldadas, com o seu rosto voltado para o passado, tendo diante de si até o céu o acúmulo de ruínas, vislumbra um amontoar delas no que parece uma cadeia de acontecimentos. Que tenhamos força para não voltarmos as costas para o futuro como o anjo da história, e não acabemos seduzidos pelos auspícios da tempestade chamada *progresso*.

4.3 Perspectivas do *Tempo Real*: integração, confinamento e controle

Para se entender em que panorama se instalaram as novas tecnologias de controle, se diria melhor, *securitárias* – e de que forma o fazem, sua lógica, características, (re)configurações, reflexos –, melhor é compreender pouco mais uma

⁶⁷⁰ Por outro lado, deve-se acentuar o paradoxo que ali se sente: “Law and Order: *não é, simplesmente, a divisa do conservadorismo americano, é um monstro por hibridação. Aqueles que lutam pelos direitos do homem o sabem bem. (...) Como dizemos leite ou limão, é preciso dizer lei ou ordem. Caberá a nós tirarmos dessa incompatibilidade as lições para o futuro.*” O que está em jogo na afirmação de Foucault é que a perturbação da lei obedece ao princípio da salvaguarda da ordem, ou seja, o aparelho judiciário, especificamente, funciona organizadamente para que a desordem produza efeitos úteis. É por causa da ordem – dirá pela fórmula de Philippe Boucher no seu *Le Guetto judiciaire* – que se deixa a polícia sem freio e se expulsam aqueles que não são desejáveis. (FOUCAULT, Michel. “O Limão e o Leite”. In: *Repensar e Política*. Coleção Ditos e Escritos VI. Organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta. Tradução de AnaLúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 240).

⁶⁷¹ FOUCAULT, Michel. “Contra as Penas de Substituição”. In: *Repensar e Política*. Coleção Ditos e Escritos VI, p. 361.

⁶⁷² BENJAMIN, Walter. “Teses sobre a Filosofia da História” In: *Sobre arte, técnica, linguagem e política*. Traduções de Maria Luz Moita, Maria Amélia Cruz e Manuel Alberto. Introdução de T.W. Adorno. Lisboa: Relógio D’Água, 1992, p. 162.

“história das tecnologias”. Foucault já havia alertado, dentro de seus estudos sobre *biopolítica* e “*governamentalidade*”, precisamente sobre os diferentes mecanismos contemporâneos implementados tendo como mote a *segurança*.

O que poderíamos entender, antes, por *segurança*? Propriamente sobre os *dispositivos* que se implementam e, de alguma forma, vão sustentar uma *biopolítica*: “*governamentalidade*” sobre a *população*? Diante de três momentos exemplares, a tarefa ficaria facilitada segundo Foucault.⁶⁷³ Se, desde um primeiro caso, podemos ter uma *lei* sob a forma de proibição e seu correlato castigo, numa segunda modulação a esta lei pode-se agregar uma *série de vigilância e correções* a quem a infringe. Todavia, num momento último, a partir da mesma matriz – aquela mesma lei penal, enquadrada de uma parte pela vigilância e, por outra, pela correção –, desta vez a aplicação da lei, sua organização preventiva e de correção poderão estar estritamente governadas por uma série de questões gerenciais de outro tipo. Aqui, pois já estaremos no campo do *castigo governado*. Isto fica melhor exposto quando vemos que a primeira forma descrita consiste no *mecanismo legal/jurídico* – sistema legal *arcaico* reinante na Idade Média até os séculos XVII-XVIII –, uma partição binária entre o permitido e o vedado, do acoplamento entre uma ação proibida e um tipo de castigo. O segundo mecanismo (que poderíamos chamar *moderno*, introduzido a partir do século XVIII), tão caro ao momento posto em *Vigiar e Punir*, é caracterizado por – dentro do sistema binário, pela vigilância e correção – fazer aparecer o personagem do condenado. Sobre ele recai o ato judicial de castigo, ademais combinado com uma série de técnicas policiais, médicas, psicológicas que correspondem à transformação do indivíduo. Aí o *mecanismo disciplinar*.⁶⁷⁴ A terceira forma, sim, corresponde já aos *dispositivos securitários*. Uma outra distribuição de uma série de fenômenos, como novas formas de penalidade, pela inserção do cálculo de custos, dos limites do aceitável etc., coloca uma terceira variável *contemporânea* em jogo, organizadora de uma *biopolítica* (entendida, recorde-se, como o conjunto de mecanismos por meio dos quais aquilo que constitui os traços biológicos da espécie humana, a partir do século XVIII, passa a fazer parte de um estratégia política⁶⁷⁵).

⁶⁷³ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 16-21.

⁶⁷⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 117 ss.

⁶⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 15. Preocupação alargada e aprofundada ano depois no citado FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. Curso dado no Collège de France (1978-1979).

Importante perceber, para o nosso intento, que uma modalidade implica, com maior ou menor intensidade, a outra. Por certo, no *sistema jurídico*, o aspecto disciplinar não estava ausente. O suplício acabava por possuir certa carga corretiva e disciplinar, da mesma maneira que uma pena de morte por roubo poderia introduzir algo similar a um mecanismo de segurança. No mesmo aspecto que, no *sistema disciplinar*, que já estava imerso no código jurídico legal, havia uma série de dimensões de segurança, como a tratar da correção de acordo com a função dos riscos de reincidência e periculosidade sobre o condenado. Tomar e pôr em jogo os mecanismos de *segurança* não importa, de maneira alguma, a anulação das estruturas jurídico-legais nem dos mecanismos disciplinares. Atualmente, como vimos, é exatamente uma gigantesca série de medidas legislativas que faz introduzir e funcionar os mecanismos de segurança. A cargo de uma verdadeira inflação legal é que está a responsabilidade de pôr para circular o *sistema de segurança*, da mesma maneira que o corpus disciplinar é ativado, em grande medida, pelo próprio estabelecimento destes mecanismos securitários. Todas estas faces estão intimamente interligadas, não há uma presente “era securitária”, por exemplo, que ponha em parêntesis os demais elementos. Muito pelo contrário. Umam utilizam-se das outras, coexistem e convivem plenamente, ajudando a formar edifícios complexos que se retroalimentam. O que cabe perceber é qual, em determinado contexto, poderá tornar-se dominante, noutras palavras, qual o sistema de correção que se estabelece.⁶⁷⁶

Não obstante, na avaliação contemporânea de como pensar a penalidade e verificar como ela se exerce, o problema deve-se colocar em termos de *segurança*. A relação *econômica* é que se torna fundamental dentro de uma análise de custo da repressão e da delinquência, o que tem provocado, como se disse, a multiplicação de mecanismos disciplinares, mas não somente eles, também uma espécie de reativação e transformação destas técnicas, juntamente com as anteriores técnicas jurídico-legais. Uma *nova economia geral de poder* convida a passar pela *segurança* mais estritamente. A um modo de exercer o poder não mais vinculado, nem meramente à partição binária da *exclusão*, correlata à época dos leprosos na Idade Média, nem relativo aos regulamentos de tipo disciplinar, como a quarentena dos períodos da peste.⁶⁷⁷ Está-se

⁶⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 22-23.

⁶⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Curso no Collège de France (1974-1975). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Valério Marchetti e

diante de problemas como os das epidemias (as de varíola, destaca Foucault, a partir do século XVIII), do contágio e das campanhas médicas: a *segurança* é, antes, “*una manera de sumar, de hacer funcionar, además de los mecanismos de seguridad propiamente dichos, las viejas estructuras de la ley y la disciplina.*”⁶⁷⁸ Se, de uma forma pouco mais superficial e esquemática, pudéssemos atrelar a *soberania* aos limites de um *território*, a *disciplina* sendo exercida sobre o *corpo* dos indivíduos, por fim, como sede da *segurança*, teríamos o conjunto de uma *população*. Obviamente, isto é dizer pouco, pois o que todos comungam, desde diferentes funcionamentos, é de um problema de gestão das *multiplicidades* – a seu modo, como ver-se frente ao *múltiplo*.⁶⁷⁹

Como rasgos essenciais dos dispositivos de *segurança*, o que nos interessa, em sede preliminar, tem a ver com o seu *espaço*. A *segurança*, como técnica política, acondiciona um *meio* (entendido como suporte e elemento de circulação de uma ação) em função de uma série de acontecimentos possíveis, ou seja, regular a *aleatoriedade* inscrita num espaço dado. Daí é que vêm situar-se no século XVIII as *ciudades* como problema central, não mais, como na época dos espaços murados e estreitos da *soberania*, mas como espaços de *circulação* da heterogeniedade social e econômica.⁶⁸⁰ Segundo aspecto: da maneira de tratar o *aleatório* e do problema da naturalidade da espécie num meio artificial surge, exatamente o substrato do que se poderá chamar de *biopolítica* ou *biopoder*. É uma nova racionalidade governamental que aparece atrelada agora ao que se chama de *população*. Desaparece a *escassez* como flagelo, vira uma quimera tratável apenas ao nível da *produção*, não ao nível propriamente da multiplicidade de indivíduos que vão morrer. A permissividade de deixar que as coisas caminhem, aberta pelo liberalismo, põe como objetivo final a noção de *população*. A maneira de se *tratar o acontecimento* é completamente outra no que tange à *segurança*. Resumidamente, diz Foucault⁶⁸¹ que a *disciplina* é centrípeta, funciona isolando o espaço, concentrando, circunscrevendo um local no qual seu poder possa atuar plenamente. Já os dispositivos securitários têm uma tendência muito importante para ser notada atualmente em nosso contexto contemporâneo: são *expansivos* – caracteriza-se a *segurança* por ser *centrífuga*. Integra sem cessar novos componentes desenvolvendo

Antonella Salomoni. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 54-65 e FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 162-165.

⁶⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 26.

⁶⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 27-28.

⁶⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 40-44.

⁶⁸¹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 66-71.

circuitos cada vez maiores. Por outro lado, na medida em que a *disciplina* regula tudo, nada deixando a descoberto, nem mesmo a menor ação, a *segurança* tem a permissibilidade que notamos como traço indispensável: “deixar fazer”, mote do *liberalismo*. Ao fim e ao cabo, ainda, como característica diferenciadora desta nova dinâmica, mais importante é antever nos códigos *legais*, nas suas determinações de proibições, um conjunto *negativo* de pensamentos e técnicas (“imagina o negativo”), ao passo que nos mecanismos *disciplinares*, ainda que se mantenha uma codificação binária (obrigatório e proibido), a ênfase está muito menos naquilo que não se deve fazer do que exatamente *naquilo que se deve fazer* (trabalha no “complemento da realidade”). No *sistema legal*, o indeterminado é que está permitido, no sistema de regulamento *disciplinar*, o determinado é o que se deve fazer, o resto indeterminado é proibido. Os *dispositivos securitários*, ao contrário, vão funcionar a partir de uma realidade que não trata de adotar o ponto de vista nem daquilo que se impede nem daquilo que é obrigatório, salta-se a uma distância suficientemente capaz de captar donde as coisas, desejáveis ou não, vão produzir-se: “*En otras palabras, la ley prohíbe, la disciplina prescribe y la seguridad (...) tiene la función esencial de responder a una realidad de tal manera que la respuesta la anule: la anule, la limite, la frene o la regule. Esta regulación en el elemento de la realidad es, creo, lo fundamental en los dispositivos de la seguridad.*”⁶⁸² À diferença de trabalhar no imaginário como a *lei*, de trabalhar, como a *disciplina*, no “complemento” da realidade (prescrições e obrigações artificiais), a *segurança* preocupa-se em atuar na *realidade mesma*. Por isso o *liberalismo* e sua ideia de *liberdade* são a sua vez *ideologia e técnica política de governo* conexas a este cenário. O jogo de deixar que as coisas passem e transcorram é fundamentalmente fazer com que a realidade (entenda-se o *mercado* como local de verificação) desenvolva-se e caminhe. Assim, pois, o problema da *liberdade* toma assento principal. *Liberdade* minuciosamente ditada – não aquela de oposição ao poder, contra os abusos do governo, mas aquela convertida em elemento indispensável para o governo – e correlata aos *dispositivos de segurança*. Em linhas gerais, vale afirmar, a *liberdade* de comportamento no regime liberal, nesta arte liberal de governar a liberdade não é um dado pronto a ser respeitado, mas uma região a ser produzida, regulamentada e organizada: “*o liberalismo não é o que aceita a liberdade. O liberalismo é o que se*

⁶⁸² FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 69.

propõe fabricá-la a cada instante (...).”⁶⁸³ Para tanto, convoca como *princípio de cálculo* o que se chama *segurança*. Deve-se gerir constantemente até que ponto os diferentes *interesses* não constituirão um *perigo* para o dos demais.

O jogo permanente entre *liberdade* e *segurança* é que está no âmago dessa nova razão governamental, da economia de poder própria do liberalismo. Arbitrar a *liberdade* e a *segurança* em torno da noção de *perigo*, ter o governo como gestor dos perigos nada mais representa que uma das implicações fundamentais do liberalismo: o estímulo ao “viver perigosamente”. O *medo do perigo*, portanto, acaba sendo, segundo Foucault, o correlato psicológico e cultural interno do liberalismo.⁶⁸⁴ Desdobramento este, que se poderia apontar para além desta *cultura do perigo* catapultada pelo liberalismo, como anverso da extensão formidável dos dispositivos de controle para além da forma do governo liberal *tout court* da qual se trata o *pan-óptico* seria o melhor retrato. Tais dispositivos somente podem funcionar bem sob a condição de uma tal *liberdade*, preocupada na gestão do movimento, da circulação – sabia-se desde lá – mais de coisas do que de pessoas.

Insistindo pouco mais na diferenciação entre *segurança* e *disciplina*, há que se ver o descompasso entre a dita *normalização* disciplinar e a securitária. Aquela analisa os lugares, os gestos, os tempos, as operações e decompõe os indivíduos para, mais que percebê-los, modificá-los. A grelha disciplinar classifica os elementos em função de objetivos determinados, estabelece sequências e coordenações otimizadas, fixa procedimentos de adestramento e controles permanentes.⁶⁸⁵ A partir daí faz uma partilha entre o normal e o anormal, desde um *modelo ótimo*. O normal, obviamente, é aquilo capaz de se adequar à *norma postulada*; ela, sim, é o fundamental, não a dicotomia em si, por isso seu caráter prescritivo que aludimos: “*lo que ocurre en las técnicas disciplinarias, que se trata más de una normación que de una normalización*”⁶⁸⁶, devido efetivamente ao caráter fundamental e primário da norma. Porém, o nó crucial nos *dispositivos de segurança*, como indicamos, é o *risco*, melhor dizendo, o cálculo dos riscos, que, por suposto, é diferenciado de acordo com uma maior zona de risco que, por consequência, poderá identificar zonas mais ou menos *perigosas*. Assim, *perigo* e *risco* são trazidos ao centro da questão. Estatísticas, assim, poderão instrumentalizar

⁶⁸³ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, p. 88.

⁶⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, p. 91.

⁶⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 117 ss..

⁶⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, p. 76.

índices, por exemplo, aceitáveis de mortalidade no caso referido da epidemia de varíola no século XVIII. Ao inverso do *sistema disciplinar*, em que se parte de uma norma e deduz-se a distinção entre normal e anormal, assinalam-se nos *dispositivos de segurança* diferentes *curvas de normalidade*, passam a interagir *distintas atribuições de normalidade*. Opostamente, a primazia está no *normal*, melhor, no *jogo das normalidades diferenciais*, e a norma será deduzida apenas depois disto. Por esta razão, aqui sim, mais adequado dizer que se trata propriamente de *normalização*.⁶⁸⁷

Relativamente a um terceiro aspecto, no tocante à referida *população*, tanto a escassez quanto a epidemia possuem um laço comum: como dissemos, o fenômeno da *cidade*. Ela se converte em problema central entre os séculos XVII e o início do XIX, e novos mecanismos de poder foram necessários para dar alguma resposta. Desde aí, o exercício de soberania não poderá deixar de passar por outra coisa senão pela de *circulação* nas cidades. Já não mais a segurança do príncipe ou do território, mas a da *população*. Mais interessa fazer atuar os elementos de realidade do que uma obediência total a um soberano. Estes mecanismos de *segurança*, agora, não tendem a impor uma vontade de forma homogênea e contínua, tal como no sonho mais velho e antigo dos soberanos, que era o *ideal do pan-óptico*. A ação governamental passa a ser pautada no século XVIII pela necessidade e suficiência, ou seja, por um conjunto de mecanismos que incorpora fenômenos muito específicos que fazem atuar aquilo que chamamos *população*. Personagem político novo, dotado de uma natureza tal, não uma coleção de sujeitos jurídicos em relação de subordinação a uma vontade soberana, mas como um conjunto de elementos que se inscreve num regime geral de seres vivos (“*espécie humana*”), e servem de referência aos procedimentos de *governo*. Operador que acabou por inclinar um conjunto largo de saberes e, nem por isso, muito pelo contrário, deixa de ser superfície de aderência perfeita às transformações autoritárias. No momento em que o *gênero* humano aparece como *espécie* nasce o *público*. É ele o campo suscetível, como superfície de agarre, a sofrer a atuação do *governo*, e de um novo domínio de saber que é a *economia política*. Sob a sequência de mecanismos de *segurança-população-governo* emerge uma nova *arte de governar* assentada na ciência política, dominada por um regime de *técnicas de governo* em torno da *população* e, por conseguinte, em torno da chamada *economia política*.⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 74-76.

⁶⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 77-108.

Mas nada disto fez diluir o problema da *soberania* nem da *disciplina*. Radicalmente o oposto. Uma sociedade de *governo*, poderá dizer-se, apenas plantou noutros termos mais agudos ainda aqueles antigos desafios. Por isso, o epicentro de uma história que aqui se coloca tem na palavra “*governamentalidade*” seu ponto principal. Entendida, suma, como conjunto de instituições, procedimentos, análises, reflexões, cálculos, táticas que permite exercer uma forma complexa de *poder* sobre a *população*, por uma forma de saber que é a *economia política* e por instrumentos técnicos essenciais que são os *dispositivos de segurança*. Isto não elide entender a expressão como a proeminência de um tipo de poder que podemos chamar *governo*. Ademais, pode ser vista como resultado de um processo através do qual o *Estado de Justiça* da Idade Média (uma “sociedade da lei”) foi convertido em *Estado Administrativo* (nascido de uma territorialidade correspondente a uma “sociedade de regramentos e disciplina”) durante os XV e XVI e finalmente se “governamentalizou” pouco a pouco, ou seja, passou a ser definido não mais por um território, mas por uma superfície ocupada por uma massa: a *população*, instrumentalizada por um *saber econômico* e controlada por *dispositivos de segurança*.⁶⁸⁹

Como já se assinalou, ao menos desde os anos setenta do século XX, pode-se notar uma certa modificação no rearranjo proeminente das técnicas de segurança, em detrimento dos aspectos disciplinares, não por outro motivo que não a visão do crime agora interpretado como comportamento econômico. Com isto, pouco haveria sentido requisitar plenamente mecanismos de normalização geral e de exclusão, senão limpar o terreno, como disse Foucault⁶⁹⁰, a processos oscilatórios “tolerantes”, em que a intervenção não seria de sujeição interna, mas propriamente de tipo ambiental.

Tendo diante de si este quadro pormenorizado é que Deleuze aconselhou ao longo dos seus trabalhos, que vêm propriamente bem a calhar, aprofundar a retomada no estudo das *práticas de poder*. Talvez se tenha depositado sobre isto pouca atenção, principalmente nos meios jurídicos oficiais. Especialmente em entrevista televisiva célebre, tornada clássica e amplamente difundida pelos atuais meios digitais, dada ao *Institut National de l'Audio-visuel* (I.N.A.), mas sobretudo, naturalmente, no seu livro

⁶⁸⁹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*, pp. 134-137.

⁶⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, pp. 354-355.

sobre Foucault⁶⁹¹, Deleuze retomava a terminologia de análise das três práticas do poder: o *Soberano*, o *Disciplinar* e, sobretudo, o de *Controle*.⁶⁹²

Não que a *sociedade disciplinar* tenha acabado, já dito por certo, mas que já não somos exatamente isto, e a própria entrada em cena de novos mecanismos de sanção, educação e tratamento não nos deixa enganar. O alvorecer desta nova configuração de sociedade não é novidade, já nos alertava, como vimos, há tempos Foucault e antes mesmo, nos anos 40, Burroughs.⁶⁹³

Se num registro comum respiramos uma *sociedade de controle* contínuo e de comunicação instantânea, talvez importe então realizar um estudo, alçar questionamentos, surpreender os diversos mecanismos de controle que estão (em vias de ser) implementados, no lugar dos meios de confinamento disciplinares, cuja crise se anuncia ao menos desde o último quarto do século passado.⁶⁹⁴

Vivenciadas já as *sociedades de soberania* – ao menos até o século XVIII com a transição operada por Napoleão –, em que interessava mais decidir sobre a morte do que gerir a vida,⁶⁹⁵ certamente também não estamos mais apenas fixados nos meios de *confinamentos* tradicionais de uma *sociedade disciplinar*. Sociedades estas características dos séculos XVIII e XIX, com o apogeu no início do século XX, dotadas exatamente da passagem do indivíduo por *moldes* como a *família*, a *escola*, a *caserna*, a *fábrica*, de vez em quando o *hospital* e, notadamente hoje em dia, não eventualmente, a *prisão – instituições totais*, como apregou Goffman⁶⁹⁶– estas formas sociais são dispostas a concentrar e distribuir o espaço, ordenar o tempo, maximizando a força produtiva de sujeitos disciplinados.

⁶⁹¹ DELEUZE, Gilles. *Foucault*, pp. 78-100.

⁶⁹² Inspira esta parte os impasses traçados, fundamentalmente, nas suas intervenções reunidas sob o título *Conversações*, em especial, o capítulo V (Política) que reúne uma entrevista com Toni Negri, “Controle e Devir”, e outro texto publicado no *L’Autre Journal* intitulado “Post-scriptum sobre as sociedades de controle”. DELEUZE, Gilles. *Conversações* (1972-1990). Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992, pp. 209 ss.

⁶⁹³ Escritor e pintor, ícone da cultura *beatnik*, quem cunhou propriamente a expressão “sociedade de controle” (dentre outros termos, também o “*heavy-metal*”) e destacado inclusive na célebre capa do álbum “*Sgt. Peppers*” dos Beatles. Cf. BURROUGHS, William. *Naked Lunch*. The Fiftieth Anniversary Edition. New York: Grove Press: 2009.

⁶⁹⁴ Cf. RE, Lucia. “Panóptico y Disciplina: ¿Pueden Servir Todavía?”. In: SANTORO, Emilio. *Cárcel y Sociedad Liberal*, pp. 425-448.

⁶⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 1*, pp. 125 ss..

⁶⁹⁶ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção: Ricardo W. Neves e Adriana Garcia. São Paulo: Perspectiva, 1999, pp. 13-108.

Como visto, à crise destas formas não cansa de se dar alarde. O que não se acode normalmente é, afinal, o fato de que apenas um olhar próximo da ingenuidade não perceberia que são exatamente elas, como eixos modelares de um tipo social, as primeiras a se dar conta da sua situação crítica. Noutros termos, diga-se melhor, é a *perversa inflexão do “centro”*, captada por Martins, pois conscientes de sua própria crise de centralidade, tais espaços fechados se dirigem agora a zonas potenciais de ensaio.⁶⁹⁷ É a própria crítica aposta que faz despertar nestes locais o pressentimento de sua ruína, acarretando, em algum nível, antecipações, metamorfoses, a sua perda de domínio. Não por outro motivo, vivemos em certa medida uma era de *crise*, retratada na sempre premente necessidade de “reforma das instituições”: reforma dos hospitais, da educação, da indústria, da prisão etc.

Portanto, ao que parece, a lógica foi transformada (não superada) em alto grau. As *sociedades disciplinares* têm dois polos amplamente explorados e de fácil identificação: o binômio indivíduo/massa. O *poder* aqui é massificante e simultaneamente individualizante, ou seja, molda a individualidade de cada membro do corpo, assim como assinala sua posição numa massa – é o *poder do pastor* ou *tecnologia pastoral*, segundo Foucault, regulado por *palavras de ordem* sobre o rebanho e sobre cada um dos animais – ter os olhos postos em todos e em cada um (*omnes et singulatim*).⁶⁹⁸ Segundo Deleuze, adiante, nas *sociedades de controle*, o essencial não será mais a *assinatura* que identifica o *indivíduo* ou *número de matrícula* que o posiciona numa *massa*, mas o que o regulará será uma *linguagem numérica*. Falamos aqui de uma *cifra*, mais propriamente de *senhas* que marcam nosso cotidiano pelo acesso ou rejeição à informação. Em considerável medida, apenas acessamos e, sobretudo, somos acessá(í)veis desta maneira. Cartões eletrônicos de todas as espécies: de crédito, para ligar o automóvel, para entrar em casa, no trabalho, apenas para ficarmos em exemplos fugazes. Acessamos bancos de dados e, sobretudo, fazemos parte de milhões deles, dos mais diversos multiplicados ao infinito, que demandam suas devidas senhas ou registro, óptico ou digital – demonstrando como os indivíduos podem se tornar “divisíveis” como meras amostras de *mercado* – capazes de antecipar quiçá nossos próprios desejos. Por isso, vemo-nos falando em “trocias flutuantes”,

⁶⁹⁷ MARTINS, Rui Cunha. *El Método de la Frontera*, pp. 150-151.

⁶⁹⁸ FOUCAULT, Michel. *Omnes et Singulatim*, p. 15 ss.

necessariamente “surfando” freneticamente na rede, “em órbita” nesta diferente maneira de viver as relações com outrem.⁶⁹⁹

Arremata Deleuze, para dar as tintas desse novo contorno que se deve aprender a lidar: *a velha toupeira monetária é o animal dos meios de confinamento, mas a serpente o é das sociedades de controle.*⁷⁰⁰ Certamente, o *poder* que comporá estes *dispositivos* – Foucault disse que ele *se exerce a partir de inúmeros pontos e vem de baixo*, como vimos –, se considerado abstratamente, orienta-se apenas em sua rede de galerias, em sua toca múltipla, por isso não vê e não fala: como se fosse uma *toupeira*.⁷⁰¹ Metaforicamente, diferente da *serpente*, sinuosa em seus movimentos, sagaz e surpreendente no bote, que se esgueira maliciosamente nos recônditos do controle absoluto.

Por outro lado, as *máquinas* que cada tipo de sociedade faz corresponder são outras. Aquelas que exprimiam formas peculiares simples das antigas *sociedades de soberania* poderiam ser vistas nos relógios, nas alavancas e roldanas; passadas depois, nas *sociedades disciplinares* recentes, para as máquinas *energéticas*, em que o perigo se depositava na sabotagem. Atualmente, operam máquinas de terceira espécie, *máquinas informáticas*, em que o perigo ativo está na pirataria e na introdução de um vírus. Mas elas em si pouco nos dizem, senão quando perquirimos sobre os *agenciamentos coletivos* que fazem parte.⁷⁰²

Como ressaltado, encontramos-nos naquilo que se poderia chamar de crise generalizada de todos os meios de confinamento, alguns chamarão de “crise das instituições”. Indaga-se: sendo assim a lógica que se anuncia, não devemos parar para analisar as formas ultrarrápidas de controle ao ar livre que substituem ou se agregam às antigas *disciplinas*? Como não conectar isto à constante metamorfose que vem se operando no próprio capitalismo? De que maneira abrir mão da análise de um sistema imanente que não para de expandir seus próprios limites, que se (re)encontra ampliado e entregue ao seu limite, que é o próprio *Capital*? Será tão árduo assim perceber que os arcaicos *confinamentos* como a prisão, verdadeiros *moldes*, estão ficando *démodé*? Não

⁶⁹⁹ Antes, em escala mundial, sobre as bases de dados pessoais como forma de radicalização das formas de controle, ver DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, pp. 68-76.

⁷⁰⁰ DELEUZE, Gilles. “‘Post-scriptum’ sobre as sociedades de controle”. In: *Conversações*, p. 222.

⁷⁰¹ DELEUZE, Gilles. *Foucault*, p. 89.

⁷⁰² DELEUZE, Gilles. “Controle e Devir”. In: *Conversações*, p. 216.

será porque os emergentes *controles* são muito mais condizentes com este ambiente, já que são *modulações* em si, quer dizer, *moldagens* maleáveis, reconfiguráveis continuamente?

Não será por acaso que, nas *sociedades de controle*, o desdobramento da *fábrica* é a sua substituição pela *empresa*, principalmente quando se verifica profundamente, nesta perspectiva, a transformação da forma *salário*. É a *modulação* permanente do salário por um “sistema de prêmios” (bônus por produtividade) que agora importa frisar. Aprofundam-se desafios, tarefas, metas e todo novo jargão “empreendedor” exatamente para reforçar a *rivalidade*. Introduce-se a competição como emulador central e inexpiável deste novo contexto. Sobre a massa da *fábrica* – que servia para a vigilância do patrão ou para a mobilização do sindicato – é instaurado um modulador, o “salário por mérito”, que surge para excitar e contrapor os indivíduos.⁷⁰³

Por certo, sobretudo, trata-se a rigor, como referido, de uma radical mudança da dinâmica do *capitalismo*. Não mais existe radicalmente aquele modelo de capitalismo do século XIX, centrado na *fábrica*, fundado na concentração de capital e voltado para a produção, quando o mercado era conquistado pela colonização, pela redução dos custos ou ainda pela especialização. Se aquele capitalismo era dirigido para a *produção*, a atual *performance* do capital é voltada para a *sobreprodução*. O que se vende, como diz Deleuze⁷⁰⁴, são serviços e o que se compra são ações. Compram-se produtos acabados ou montam-se peças destacadas. O *produto* impera, não a *produção*, agora relegada a algum país de terceiro mundo. Os mercados são conquistados, assim, por fixação de cotações e transformações do *produto*. Por isso, não mais a *fábrica* concentrada, mas a dispersa *empresa*. Os antigos confinamentos são agora figuras cifradas deformáveis de uma mesma empresa que só necessita de meros gestores. Em substituição, emerge a

⁷⁰³ A própria educação – bom dizer claramente – também é tentada a obedecer à mesma lógica. Enquanto nas sociedades das formas de confinamento não cessa de se recomençar – passa-se de um meio fechado ao outro – é a *formação permanente* que tende a substituir a *escola*. Se a *disciplina* não parava de reiniciar (saía-se de um meio conformador para o outro), o processo de *quitação aparente* destas sociedades é cruzado por uma espécie de *moratória ilimitada*, em variação contínua que se instala nestes estados empresariais. Pior ainda é verificar a demanda que muitos jovens impõem estranhamente para serem “motivados”, sempre solicitando *formação permanente*, por exemplo, em cursos de atualização, atualmente naturalizados no ambiente jurídico. Mais uma faceta do *controle* de rotação rápida, contínuo e ilimitado. Espera-se que alguns possam se colocar em questão e descobrir a finalidade de estarem envolvidos nisto tudo, talvez não antes sem muita dor (DELEUZE, Gilles. “Controle e Devir”, p. 216).

⁷⁰⁴ DELEUZE, Gilles. “Post-scriptum sobre as sociedades de controle”, p. 224.

máfia S.A., na linguagem de Warat⁷⁰⁵, um gigantesco agenciamento anônimo – para não dizer mafioso – em escala planetária. Um mercado global homogeneizante cujos Estados e Bolsas são meramente suas sedes. Não existirá, pois, um “Estado Universal”, justamente porque universal é no capitalismo apenas o *mercado*. Enganam-se alguns a não ver os Estados democráticos, sim, formidavelmente, comprometidos com a fabricação da miséria humana.⁷⁰⁶ Enfim, os antigos espaços analógicos que convergiam para algum proprietário, público ou privado, parecem ser agora figuras de uma mesma entidade que dispensa um corpo e necessita de simples gestores.⁷⁰⁷

Sintetizará Deleuze: do homem *confinado* para uma espécie de homem *endividado*. É óbvio – diversos horizontes já se afiguram para confirmar esta expectativa – que neste processo agônico dos meios disciplinares – não se diga que eles tenham se findado – as novas forças que se instalam deverão enfrentar a explosão dos guetos e favelas – Wacquant confirma o alerta⁷⁰⁸ –, quer dizer, controlar aqueles que, de certa forma, são pobres demais para alguma *dívida* ou numerosos demais para o *confinamento*.⁷⁰⁹

Virilio, por sua vez, acertadamente, não para de investir na análise destas formas ultrarrápidas de controle ao ar livre inclusas nestes meios securitários. Numa cidade *superexposta*, com indivíduos *sobre-excitados*, ilustrativamente, dirá o autor que são em ambientes como os aeroportos, locais de uma regulação essencial das trocas e das comunicações, que verificamos zonas de forte experimentação de controle e vigilância máximos. Assim, como fica ali evidenciado, não se trata mais, como no passado, de isolar o suspeito pelo encarceramento, já que se trata, sobretudo, de *interceptá-lo em seu trajeto*. Assim desta forma se aparelham, como afirma Virilio⁷¹⁰, até mesmo os setores de segurança máxima das mais modernas prisões. São eles equipados com pórticos magnéticos, equipamento de maior liberdade de deslocamento que servirão, paradoxalmente, como modelo do encarceramento penitenciário.

⁷⁰⁵ WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Tradução e organização Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

⁷⁰⁶ DELEUZE, Gilles. “Controle e Devir”, p. 213.

⁷⁰⁷ ŽIŽEK, Slavoj. *Órganos sin Cuerpo: sobre Deleuze y consecuencias*. Traducción de Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos: 2006, p. 16.

⁷⁰⁸ O Gueto, *Banlieue* e a Favela: todas ferramentas para pensar a marginalidade urbana (WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade*, pp. 07-12).

⁷⁰⁹ DELEUZE, Gilles. “Post-scriptum’ sobre as sociedades de controle”, p. 224.

⁷¹⁰ VIRILIO, Paul. *O Espaço Crítico e as Perspectivas do Tempo Real*. Tradução Paulo Roberto Pires. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

Não são poucas alegorias quicá de um *superpan-óptico*⁷¹¹ – como os vistos “bancos de dados genéticos” e outros acessíveis *on line*, a presença de câmeras de vídeo-vigilância das quais pouco se pode escapar, mapeamento de ruas em tempo real (*Street View*) ou, quem sabe, a visita a lugares fechados como museus ou galerias de arte –, todas faces de um mesmo espectro de “ondização do real”, panorama em que as *imagens dos lugares* propriamente antecipam *os lugares das imagens*.⁷¹² Antecipada estará neste registro, sobretudo, a percepção *desde* o controle, a sensação já mediada, imediatizada pela óptica substituta do real. Algo antes já *controlado* do que *percebido*, ou mesmo *percebido* já desde o próprio *controle*.

Passam além de qualquer jogo de palavras os atuais e redistribuídos poderes de controle. São eles novos arranjos melhorados, que as técnicas de outrora jamais imaginaram sonhar. Os atuais bancos de dados, só para ficar neste exemplo interessante, paradoxalmente denunciam bem a nova lógica: você só poderá garantir sua entrada em algum deles – e atualmente grande parte das conexões sociais são por eles regidas – se suas credenciais forem oferecidas e suas informações disponibilizadas para que ali, estando plenamente contido, conseqüentemente possa idealmente se movimentar. Suma, quanto mais dados forem fornecidos mais livremente você poderá se movimentar. Tão “livremente” controlado a ponto de se conseguir, como sabemos, pela interconexão de bases de dados, antecipar os gostos e desejos de qualquer um. Talvez os bancos de dados, agora com fins criminais, apenas escancarem e denunciem o real que esta *sedução à vigilância* pode acarretar. Aparentemente sem coerção, globalmente, somos expostos à vigilância e ao controle em um grau jamais visto.

Engolida, ou quicá reatualizada, a antiga engrenagem pan-óptica vista por Foucault. Controlar o ambiente hoje traz consigo, como afirma Virilio⁷¹³, uma verdadeira “dromopolítica”, em que a velocidade da luz passa a ser o paradigma temporal, em que um saber/poder será ainda mais adequadamente complementado com um poder/mover. A *política da velocidade* atravessa os corpos, encurta distâncias e

⁷¹¹ Para designar a afetação das *máquinas* de controle que submetem a todos em virtude da difusão das tecnologias digitais, dirá Poster: “*computerized databases are nothing but performative machines, engines for producing retrievable identities.*” (POSTER, Mark. “Databases as Discourses, or, Eletronic Interpellations”. In: *Computers, Surveillance and Privacy*. LYON, D.; ZUREIK, E. (comps.). Mineapolis: University of Minnesota Press, 1996, p. 186).

⁷¹² VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*. Lisboa: Don Quixote, 1993, pp. 12 e 15.

⁷¹³ VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, pp. 56-57 e pp. 122-123.

coloca o tempo comprimido numa instantaneidade. O “tele-presente-vivo” de uma “dromologia” nos impõe condicionantes inafastáveis.

A “videoscopia”, com seu papel principal de iluminar, oferecer a visão direta de um lugar eletromagneticamente, desempenha um papel de fenômeno de pura transmissão que torna supérfluo aquilo que se ilumina, seja ele um lugar ou um homem.⁷¹⁴ Despreza a dimensão física. O vídeo passa a constituir ativamente um direto em tempo real. O declínio do lugar ou dos sujeitos reais a serem apresentados sustenta uma *tele-realidade* que suplanta a realidade da presença dos objetos, lugares e pessoas. Assistimos, assim, a uma “co-produção” da realidade sensível nas quais as percepções diretas são, repita-se, mediatizadas, senão confundidas, com a representação instantânea do ambiente que projetam, desequilibrando perigosamente o *sensível* e o *inteligível*.⁷¹⁵

O *tempo real* da informação pública, por outro lado, desencadeia a imagem pública como vetor a substituir o próprio espaço público, e escancara a fragilidade da cena política que não dispensa mais a *forma-imagem*.⁷¹⁶ O estreitamento das distâncias de uma parte, com a sua realidade estratégica de consequências políticas incalculáveis, equivale à negação do espaço físico: “o valor estratégico do não-lugar da velocidade

⁷¹⁴ VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, p. 13.

⁷¹⁵ VIRILIO, Paul. *O Espaço Crítico e as Perspectivas do Tempo Real*, p. 23. Poderíamos nos questionar ironicamente: para que parecermos tão abstratos e embrenharmo-nos nestas questões labirínticas, dirá o jurista incauto, se basta o binômio custo-benefício, ou melhor, eficiência dos meios, para solucionar qualquer questão? Para tanto, não há porque instalar formas de “tele-presença” próximas de alguma preocupação que dinamize propriamente a qualidade da prova em si. Todo o aparato científico e tecnológico que deveria ser utilizado para produzir uma melhor prova e desenvolver o processo penal e a inteligência investigativa em fase preliminar de uma forma mais confiável, preponderantemente, é canalizado contra o réu, não no melhoramento no sistema de provas, senão para que se agilize a persecução e a velocidade do próprio processo penal. Vide o exemplo no Brasil da inovação trazida pela Lei 11.900 de 8 de janeiro de 2009, que alterou os artigos 185 e 222 do CPP, sobre a realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. A bem que se diga, interrogatório que, mesmo sendo visto como peça de defesa, apresenta-se na maioria esmagadora dos processos criminais brasileiros, como a única oportunidade de o magistrado *encontrar-se* diante daquele que será proferida uma sentença criminal. Ao que parece, menos importa, aos interessados (serão os legisladores, os promotores ou os próprios juízes?) literalmente *sentir* o réu (e que não se interpele acerca de alguma garantia sobre *princípio da identidade física do juiz*, de *ampla defesa* ou *contraditório!*), importa, sobretudo, a economia de gastos de deslocamento prisão-foro e os supostos *perigos* de fuga no trajeto. Dirá Thuns, num tom denunciativo, nem por isso menos nevrálgico: “O juiz não quer ver o réu, nem acha relevante a sua presença na instrução, porquanto assim é mais cômodo produzir a prova.” (THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais: tempo, dromologia e garantismo*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais. Porto Alegre, 2001, p. 367).

⁷¹⁶ VIRILIO, Paul. *O Espaço Crítico e as Perspectivas do Tempo Real*, p. 25.

suplantou definitivamente o do lugar".⁷¹⁷ Para que então interessaria o *território* se ele é dispensável pelo *projétil*?

Somos em alguma medida inundados por um tempo de uma exposição "cronoscópica" que se sobrepõe à realidade física. *Transparência* dos meios ópticos que agora fazem "trans-aparecer", aparecer através deles, portanto, dar a ver as aparências transmitidas instantaneamente à distância, não meramente como faz o ar, a água ou o vidro, mas transmitindo eletronicamente a aparência das coisas.⁷¹⁸ Uma aparência tornada, sem esforço algum, uma *evidência* desde sua nova *forma-imagem*.

Quando o espaço comprime-se ao extremo – por onde quer se vá não há mais como estendê-lo –, é o *controle absoluto* que é entrevisto, no polo da *inércia total*, onde tudo permanece, em seu frenético movimento, controlado. Facilmente se percebe o *estático* que se encontra no sucedâneo do *deslocamento contínuo*: invenção da "mobilidade imóvel"?⁷¹⁹ Deslocamentos infinitos não ficam indiferentes ao veículo estático, ao imobilismo ou, noutras palavras, ao alvissareiro *triunfo do controle*, que parece agora definitivo.

Atmosfera extraordinariamente exposta que, se deixasse algo à sombra de sua velocidade, apenas seria aquilo crispado de onipotência, onipresença e onividência funcionais. É desta forma que o controle do ambiente, exponencialmente elevado pela velocidade da informação – além de ser acompanhado de um fechamento do homem em si, "ego-centrado" corporal e temporalmente –, tende a tornar-se absoluto. O homem, assim, "mediado", onipresentemente pelo controle, encontra aí o seu meio ambiente último.⁷²⁰

A *interface* das telas de controle, outra *superfície-limite*, ignora aquela dos muros e dá a tônica da transformação. E as instituições sociais de controle, sediadas fisicamente em algum lugar, hoje apenas representam fragmentos da crise maior das próprias dimensões físicas. Outro momento tomou conta, aquele das novas instâncias de

⁷¹⁷ VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*, p. 123.

⁷¹⁸ VIRILIO, Paul. *O Espaço Crítico e as Perspectivas do Tempo Real*, p. 102; VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, p. 86.

⁷¹⁹ VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, p. 33.

⁷²⁰ VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, pp. 112 e 116.

controle que realizam a percepção dos objetos (humanos): “*no instante do olhar, este olhar que é, a um só tempo, o lugar e o olho.*”⁷²¹

A rigor, o que a caserna, o hospício e a prisão, para além do problema de exclusão e enclausuramento, foram chamados a responder – e que nos dias de hoje vem alcançando uma visibilidade inédita – diz respeito à tentativa de resolver um *problema de circulação*.⁷²² Questiona-se: colocá-los fora de circulação não é, afinal, o que soçobra também o *campus* para o estudante, o manicômio para os loucos, agora tornados confiáveis, impotentes, castrados social ou politicamente? Rituais de assimilação, melhor dizendo, de reabsorção para que, depois de certo tempo, talvez, possam ser novamente reintegrados por possuírem formas de ambição, desejo e comportamento político agora toleráveis?

Enfrentamento que hoje naturalmente pode bem dispensar os arcabouços institucionais para se intensificar. O extermínio do espaço com a *guerra pelo tempo*, em que um *estado de urgência* é tomado automaticamente como *política* ou *razão de estado*, eleva a “violência desta velocidade” como o “lugar da lei”. Basta, assim, citarmos as normas obrigatórias de controle destas novas infraestruturas para se constatar uma funesta relação: “*quanto mais cresce a rapidez, mais decresce a liberdade.*”⁷²³

Não necessariamente estamos proclamando um tipo novo de sociedade, mas evitaremos equívocos se estivermos próximos de perceber neste mesmo sintoma uma característica maior daquilo que se poderia chamar de uma *sociedade da sensação*, fruto inseparável do estado de inquietude geral, de excitação e de efervescência constantes.⁷²⁴ A mobilização das subjetividades pelo medo, insegurança correlata do controle e das liberdades limitadas são apenas pequenas representações desta constelação. Aquilo que, de alguma parte, inflacionado pelo rufar dos tambores audiovisuais, dá as cartas é uma *compulsão a emitir* que acaba por ser a marca original da globalização microeletrônica. Isto apenas sinaliza desdobramentos tais para, antes de mais nada, suspeitarmos permanentemente dos auspícios da dita *integração* que a acompanha como discurso. Sempre latente o alerta adorniano sobre os falsos idílios da integração:

⁷²¹ VIRILIO, Paul. *O Espaço Crítico e as Perspectivas do Tempo Real*, p. 48.

⁷²² VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*, p. 23.

⁷²³ VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*, pp. 130 e 137.

⁷²⁴ TÜRCKE, Christoph. *Sociedade Excitada: filosofia da sensação*. Tradutores: Antonio A. S. Zuin [et al.]. Campinas: UNICAMP, 2010, p. 09.

“O genocídio é a integração absoluta que se prepara por toda parte onde os homens são igualados, aprumados, como se costuma dizer na linguagem militar, até que as pessoas literalmente os exterminam, desvios do conceito de sua perfeita nulidade. Auschwitz confirma o filosofema da pura identidade com a morte.”⁷²⁵

Intimamente refletido no problema do controle social, a *integração* hoje se tornou um dos objetivos menos contestados e quicá o mais desejável em termos de ciências sociais e da política. Este caráter indiscutível ajuda a ser desbaratado pelo menor olhar sobre o cenário do controle social penal, onde se vê claramente os meios de “*integração excludente*”⁷²⁶, em que parcelas imensas da população são controladas e vigiadas, integradas na rede homogeneamente – não esquecendo que toda a rede tem seus pontos cegos, nós e linhas, e muitos espaços entre eles – ao passo que convertidas, simultaneamente, em refugos, párias e tornada intercambiáveis, nem mesmo necessários que estejam formalmente enclausuradas.⁷²⁷ A exclusão dá-se *dentro* da sociedade, por isso talvez a complacência tolerante ao novo panorama penal para além das prisões.

Dizer, a rigor, que os “excluídos” sempre foram integrados às sociedades, sendo alijados apenas de seus benefícios decisivos é se aproximar daquilo que é o cerne da questão. Mas nem tanto. Atualmente, arrisca-se a dizer com Türcke, que se perdeu basicamente a ideia de que necessário antes *integrar* para haver a posterior *exclusão*, quer dizer, a *integração* não é um somente fator secundário, mas propriamente o “*fator primário de adaptação forçada (...) [relacionado] com a natureza da moderna socialização capitalista*”.⁷²⁸ Somente poderá ser excluído aquele que anteriormente já estava integrado às coerções do grupo como um todo. O instante social que se firmou privilegiado e diferenciador desta agregação foi o *mercado*. Principalmente, com a sua nova função de instância de socialização, em que cada um se obriga também a se colocar à venda. Adiante de um local de simples troca de mercadorias, o seu *poder de seleção* acaba por ter como condição este *poder de integração*.

⁷²⁵ ADORNO, Theodor W. *Dialética Negativa*. Tradução Marco Antonio Casanova; revisão técnica Eduardo Soares Neves Silva. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 300.

⁷²⁶ A dinâmica da sociedade excludente como epíteto também de uma inclusão, em matéria criminal, é bem delineada por Young. Para o autor, os processos de inclusão e exclusão formam uma espécie de *bulimia social*, característica da modernidade tardia. Cf. YOUNG, Jock. *Sociedade Excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, pp. 22-51.

⁷²⁷ BAUMAN, Zigmunt. *Vidas Desperdiçadas: la modernidad y sus parias*. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 123 ss.

⁷²⁸ TÜRCKE, Christoph. *Sociedade Excitada*, p. 61.

A tecnologia social de exclusão/seleção que isto envolve, traduzida, por exemplo, pelos poderes de definição da justiça, do direito, da pedagogia, da psiquiatria etc. – para não dizer as medidas de disciplina, internação e quartelização –, a história dessa razão da exclusão, que empreendeu Foucault, só poderá ser vista como uma espécie de “*tentativa de domesticação da racionalidade mercantil*”, ficando mais claro pelo modelo foucaultiano implícito a respeito da “*racionalidade selecionadora do mercado*”. O estudo destas práticas de internação, de medicação e da formação dos conceitos pode ser visto coerentemente, segundo Türcke, como uma espécie de “*reações à coerção seletiva do mercado*”. Não obstante, o mais importante para isto será salientar que a *integração*, que por sua vez “*precede essa coerção, a primária, a de ‘ser chamado’ ao mercado (...) tornou-se, por um lado, tão óbvia, e por outro, tão abstrata (...) que suas conseqüências violentas ameaçam tornar-se invisíveis*”.⁷²⁹ Do contrário, abordagens fundamentais se perdem:

“(...) somente pode ser excluído aquele que anteriormente já estava integrado às coerções do grupo como um todo; que a exclusão hoje ocorre sempre dentro da sociedade, e que os desempregados e os sem-teto, longe de estarem excluídos do mercado, são aqueles que estão mais desprotegidamente sujeitos às suas coerções, quanto menos participem de seus benefícios; que ser excluído pode significar tanto vagar incessantemente quanto o enclausuramento em prisões, asilos, clínicas e instituições de retenção”.⁷³⁰

Decisivo é atinar para a imbricação integração/exclusão. Algumas desagregações, como a do estado de bem-estar social, como a das instituições, que dirá a prisão, são evidentes, entretanto tudo que desmorona são “*integrações secundárias*”, onde a própria base permanece incólume – *o poder de integração primário, a força de sucção do mercado*. Se a *exclusão* é degradante não menos grave poderá ser a dita *integração*, tão abrangente e óbvia quando pouco percebida.

O que se procura arrematar é fundamentalmente o fato de que há uma tendência estrutural que vem inundando amplamente o plano das práticas punitivas há pelo menos trinta anos, principalmente no tocante aos mecanismos de controle em meio aberto, que acabam por reforçar esta dinâmica conjuntamente às instituições de *confinamento*. O novo clima penalógico é agente de ampliação da malha penal. Com suas novas técnicas

⁷²⁹ TÜRCKE, Christoph. *Sociedade Excitada*, pp. 62-63.

⁷³⁰ TÜRCKE, Christoph. *Sociedade Excitada*, p. 64.

de controle tecnológicas, ele tem alargado, generalizado e prolongado sem precedentes os meios de vigilância penal.

Em especial no Brasil, onde o êxito do punitivismo fez com que o contingente carcerário atingisse índices inéditos, mesmo com os sucessivos mecanismos que em tese viriam diminuir o impacto do encarceramento, o que se percebe e os dados concretos não cansam de confirmar é um panorama completamente distante deste discurso falacioso. A institucionalização das *penas e medidas alternativas* não diminuiu os níveis de encarceramento no Brasil, ao contrário, a curva permanece crescente, gradual e constante, o que vem bem a comprovar o engodo do discurso que, até com belas intenções, mantém-se firme na defesa destes instrumentos substitutivos com vistas a diminuir o impacto das políticas punitivistas.

O que houve, e continua a ocorrer, é uma aguda expansão da tutela da justiça penal ajudada por estes outros processos multiformes de controle, aditivos polifacetados de aumento da vigilância social, retroalimentadores, noutras palavras, da prisão. Houve, em realidade, a ampliação do manancial de controle do sistema penal sobre os cidadãos, acompanhado do aumento vertiginoso da população carcerária. Se os substitutos penais não respondem à atenuação da prisionalização e não servem de válvula de escape ao sistema prisional, aquilo que a uma primeira vista, apressadamente, poderia ser associado a um conjunto de mecanismos voltado a limitar a estrutural propensão ao excesso do poder punitivo, esconde verdadeiramente uma veia propulsora deste mesmo poder.⁷³¹

E de pouco adiantarão estas confirmações se permanecermos com a visão turvada, alheios à consideração de que estes movimentos representam a entrada em cena de novos mecanismos de sanção, que nada mais denunciam senão a mudança nas diversas práticas de poder. Cabe efetivamente surpreender estes múltiplos mecanismos de controle que estão (em vias de ser) implementados, agregados aos meios de

⁷³¹ “*Os dominados pela enganosa publicidade, os assustados com os perigos da ‘sociedade do risco’, os ansiosos por segurança a qualquer preço, e, com eles, os aparentemente bem-intencionados reformadores do sistema penal, não percebe que a explosão de tecnologias viabilizadoras de ampliado controle e vigilância, combinada com a debilitação das normas protetoras da intimidade, combinada com a desmedida expansão do poder punitivo, combinada com a troca do desejo da liberdade pela nefasta ilusão da segurança, estão nos arrastando para uma sociedade do controle, estão aproximando Estados democráticos de Estados totalitários, estão empreendendo uma viagem de ‘volta para o futuro’ previsto para um 1984, que só se tornou passado nas folhas do calendário.*” (KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão*, p. 53).

confinamento disciplinares, e analisar as formas ultrarrápidas de controle ao ar livre que substituem as antigas *disciplinas*.

Enfim, entram em jogo, às cegas, novos tipos de sanções. Dirá vez mais Deleuze: “*face às formas próximas de um controle incessante em meio aberto, é possível que os confinamentos mais duros nos pareçam pertencer a um passado delicioso e benevolente*”.⁷³² É da crise generalizada dos meios de *confinamento*, das candentes e sempre urgentes “reformas”, que nascem as novas configurações de *controle*. Pouco importará perguntar o que é pior – devendo-se temer ou esperar –, mas se impõe buscar novas ferramentas e surpreender, a todo momento, estes incipientes *agenciamentos coletivos*.⁷³³

Em suma, alguns, açodada ou ingenuamente, ainda que de boa-fé, podem enxergar neste movimento um abrandamento no ideal repressivo e, numa política do “mal menor”, até uma certa conquista de migalhas de liberdades, mas, retumbantemente, não raro, ignoram que passamos a integrar outros inúmeros mecanismos de controle que acabam por se somar aos mais duros tipos de confinamentos disciplinares. O alerta já fora dado, certamente antes por Foucault, e depois, em 1990, por Deleuze. O olhar com ares de profecia, hoje completamente confirmada – realidade concreta em tão curto espaço de tempo. A longa citação se justifica:

“*Não há necessidade de ficção científica para se conceber um mecanismo de controle que dê, a cada instante, a posição de um elemento em espaço aberto, animal numa reserva, homem numa empresa (coleira eletrônica). Félix Guattari imaginou uma cidade onde cada um pudesse deixar seu apartamento, sua rua, seu bairro, graças a um cartão eletrônico (dividual) que abriria barreiras; mas o cartão poderia também ser recusado em tal dia, ou entre tal e tal hora; o que consta não é a barreira, mas o computador que detecta a posição de cada um, lícita ou ilícita, e opera uma modulação universal. O estudo sócio-técnico dos mecanismos de controle, apreendidos em sua aurora, deveria ser categorial e descrever o que já está em vias de ser implantado no lugar dos meios de confinamento disciplinares, cuja crise todo mundo anuncia. Pode ser que meios antigos, tomados de empréstimo às antigas sociedades de soberania, retornem à cena, mas devidamente adaptados. O que conta é que estamos no início de alguma coisa. No ‘regime das prisões’: a busca de penas ‘substitutivas’, ao menos para a pequena delinquência, e a utilização de coleiras eletrônicas que obrigam o condenado a ficar em casa em certas horas. (...) No ‘regime de empresa’: as novas maneiras de tratar o dinheiro, os produtos e os homens, que já não passam pela antiga forma-fábrica. São exemplos frágeis, mas que permitiriam compreender melhor o que se entende por crise das instituições, isto é, a implantação progressiva e dispersa de um*

⁷³² DELEUZE, Gilles. “Controle e Devir”, p. 216.

⁷³³ DELEUZE, Gilles. “Post-scriptum sobre as sociedades de controle”, p. 220.

novo regime de dominação. (...) Será que já se pode apreender esboços dessas formas por vir, capazes de combater as alegrias do marketing? (...) Os anéis de uma serpente são ainda mais complicados que os buracos de uma toupeira.”⁷³⁴

Há um certo processo de saturação de uma lógica centrada num dispositivo geral de governabilidade, tal como foi instalada já no século XVIII, isto é firme. Mas tal momento faz parte exatamente da instância preparatória para um novo jogo acerca do custo econômico do exercício das liberdades. Novas práticas podem evidenciar antigos equívocos, travestindo-se no apelo ao que se poderia denominar – pedindo emprestada a expressão e introduzindo-se num contexto semelhante – de “*dispositivos liberógenos*”⁷³⁵ que, destinados a produzir liberdade, assumem e produzem exatamente o inverso. Sejam menos afeitos à cegueira das toupeiras e mais atentos ao bote da serpente.

4.4 A Formação Cultural Inquisitória no Contexto Brasileiro: o *punitivismo* e seus atores

O momento nos impõe delinear, em algum ponto também empiricamente, a formação inquisitória das agências punitivas e dos atores da cena jurídico-penal brasileira. Temos a justiça criminal brasileira como projeção natural do pensamento inquisitório institucionalizado, quiçá desde a colonização, que atravessa certamente, até mesmo, os marcos constitucionais democráticos. Para tanto, a diferenciada inserção na cultura do *punitivismo*, sobre a qual comentamos, ficará mais cristalina conforme a análise da postura de cada grupo humano frente à persecução penal, quer dizer, atitudes fundamentalmente derivadas de um quadro de *populismo penal* – emblema maior de um contemporâneo *desejo de punição*.

Não apenas para auxiliar na visualização de um terreno fértil às práticas inquisitoriais, mesmo diante de um panorama de reformas ancoradas em ambiente constitucional e democrático, deve-se embricar a problemática com a devida atenção à cristalização de uma lógica autoritária naqueles que presentificam cotidianamente o *sistema penal* (entendido aqui meramente como o *controle social punitivo*

⁷³⁴ DELEUZE, Gilles. “Post-scriptum’ sobre as sociedades de controle”, pp. 224-226.

⁷³⁵ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*, p. 93.

*institucionalizado*⁷³⁶). De forma cabal, há que se realizar um trabalho que auxilie no retrato da mentalidade inquisitorial dos diferentes setores do sistema penal, ou seja, as diversas ideologias que perpassam os agentes e as agências envolvidos na persecução criminal brasileira.

É um esforço irmanado, no Brasil, com o enfrentamento sobre a questão do imenso déficit de informações acerca do sistema jurídico-penal. De acordo com o que já trouxemos, a experiência de algum razoável rol de informação no país é recente. Sobre a população carcerária, que nos debruçamos, apenas a partir de 2000, há constância e sistematização dos dados. As instituições não acompanham nem de longe o trabalho (ainda que a distância já tenha sido muito maior) provindo dos estudos acadêmicos ou das experiências de puro voluntarismo e inovação. A própria análise do processo legislativo em matéria penal – que será objeto particularizado em momento próximo também quanto ao projeto do novo CPP – é pendente de maior transparência. Déficit de informações que acarreta absoluta carência de controlabilidade do sistema penal brasileiro nas mais diversas esferas e enorme prejuízo pela falta de mecanismos de planejamento.⁷³⁷

⁷³⁶ “*Si la bien la expresión ‘control social’ es difusa, esta idea que proponemos se circunscribe por medio de las adjetivaciones que apelan a la punición y a la institucionalización. La ‘punición’ es el acto y el efecto de una conducta que pretende responder sancionatoriamente a otra y que importa infligir una cierta dosis de dolor, usualmente resultante de una privación (...). Por ‘institucionalizado’ entendemos que tiene lugar mediante formas o procedimientos establecidos, aunque no sean los estrictamente legales, sino que basta con que sean los característicos del grupo humano que integra el segmento correspondiente del sistema penal. (...) La voz ‘sistema’ no se emplea en su acepción orgánica, sino en la de conjunto de cosas que sirven a un objetivo. (...) la segmentación del sistema penal excluye cualquier similitud orgánica, en virtud de su compartimentalización y frecuente contradicción.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Primer Informe). Documentos y cuestiones elaborados para el seminario de San José (Costa Rica), 11 al 15 de Julio 1983. Buenos Aires: Depalma, 1984, pp. 07-08).

⁷³⁷ MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coords.). “SISPENAS: Sistema de Consulta de Crimes, Penas e Alternativas à Prisão”. In: *Revista Jurídica*, Vol. 10, n. 90, Edição Especial (abril/maio), 2008, pp. 02-03. Especialmente, quanto aos crimes, suas penas e possibilidades alternativas, é tamanha a velocidade legiferante que qualquer ator jurídico é capaz de se perder nos meandros da sucessão, confronto, antinomias, contradições entre normas vigentes. A ponto de, a partir de 2008, o Ministério da Justiça ter implementado, após requisitar ano antes, a elaboração de um sistema apto a constituir um banco de dados dos crimes previstos na legislação penal brasileira, suas respectivas penas e as alternativas à pena de prisão existentes (SISPENAS). Quase num esforço terminal de dotar de alguma sistematicidade as sucessivas mudanças legislativas que aumentam a complexidade dos arranjos normativos, bem como de tornar suas consequências menos difíceis de serem previstas, referem os coordenadores do projeto: “*Atualmente, estes dois conjuntos – as normas de sanção acopladas às normas de conduta, de um lado e, de outro, as normas sobre procedimentos e benefícios – praticamente*

Interessante seria ver – antes dos papéis particularizados que os diferentes atores desempenham na questão criminal – a caracterização do cenário maior que envolve e acoberta como um todo, em alguma medida, os países ocidentais. Aquilo que poderia ser chamado, segundo Larrauri⁷³⁸, de um *populismo punitivo*. Sistemáticamente, os fatores da consolidação deste contexto histórico, social e econômico para a autora são: o *neoliberalismo econômico*, que amputa o Estado social (*welfare*) e governa através do Estado punitivo, produzindo e acentuando desigualdades, para além de fomentar sentimentos de ansiedade e instabilidade favorecedoras de seus desdobramentos punitivos; o *neoconservadorismo político*, que enfatiza a mensagem de periculosidade da delinquência, acompanhado de um discurso que frisa simplesmente a responsabilidade pessoal do criminoso e serve para vê-los como causadores visíveis e diretos de uma situação de mal-estar; o surgimento de um sentimento de *insegurança ontológica* produzido pela ausência de uma comunidade familiar, local ou nacional que o aplaquem, sem esquecer os novos riscos colocados a todos, que projetam nossas ansiedades para o tema da delinquência transformando o medo em indignação frente ao crime; por fim, o *aumento continuado do delito* sob formas mais organizadas e transnacionais.

Sendo assim, questiona-se: como uma realidade político-criminal poderia ser vista como *punitivista*? O panorama condiz, sem dúvida, preliminarmente, com a elevação das taxas de encarceramento, produto claro, como argumentamos, de escolhas políticas.⁷³⁹ Para além de qualquer aludido aumento da delinquência, de verificação questionável, a escalada de pessoas presas concerne às “*decisiones legislativas, sensibilidad judicial, y la capacidad y límites que tiene el propio sistema para procesar los diversos delitos. Por ello, se concluye que las tasas de encarcelamiento*

não se comunicam. Ou melhor, se e quando se comunicam, isso se dá apenas após um grande esforço por parte do intérprete. E o que é pior: modificam-se simultaneamente sem que haja verificação prévia sobre o impacto que exercem mutuamente. Isso quer dizer que quando são propostas mudanças pontuais nas penas cominadas para determinados crimes não se sabe facilmente que tipo de consequência isso vai ter no que diz respeito aos benefícios que deixarão ou passarão a ser passíveis de aplicação a esse crime.” Arrematam: “*O SISPENAS busca justamente sistematizar as informações sobre o direito positivo brasileiro a fim de tornar as relações entre esses dois conjuntos – tipos penais e benefícios – mais claras e acessíveis. Busca também favorecer a formulação de alterações legislativas que contribuam a restabelecer a própria organicidade e sistematicidade do ordenamento.*”

⁷³⁸ LARRAURI, Elena. “Populismo Punitivo...y como Resistirlo”. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano VII – Nº 25. Porto Alegre: Notadez, 2007, pp. 11-14.

⁷³⁹ Cf. THOMPSON, Augusto. *Quem São os Criminosos?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 127-131.

son una 'construcción política' (...)"⁷⁴⁰. A resposta à questão pode ser direta: *punitivismo* diz respeito, certamente, aos elementos que indicam *elevadas taxas de encarceramento*. Mas trata-se de apenas um nível de análise descritiva para a *punitividade*.⁷⁴¹ Não obstante, pergunta-se mais: uma abordagem sobre a *economia política da punição* deve estancar sua força aí? Entendemos que não.

Uma *economia política do castigo* plena de sua potência não poderá restringir-se a catalogar, ainda que minuciosamente e com propriedade técnica (não que sejam dispensáveis, já afirmamos), dados que são subsumíveis *diretamente* à linguagem, normalmente subordinando a qualidade à quantidade. Questionável, sim, seria não utilizar outros fatores de referência político-criminais que pouca demonstrabilidade empírica possam ter. A questão é nodal: não será exatamente pelo fato da pouca ou nenhuma comprovação em cálculos de alguns elementos, ou da própria dificuldade de se medir a intensidade de alguns vetores que tais deverão impor mais atenção? Ausência de instrumentos *numéricos* capazes de medi-los, longe de ser boa conselheira quando traz a sobrevalorização dos empirismos, é o que nos pode deixar convencer daquilo que radicalmente interessa. Exatamente por isso – por não serem deduzíveis à *linguagem* –, é que demandariam maior cuidado. Noutros termos, é precisamente a *volatilidade*, a *indeterminação* e a *imprecisão* de elementos como “sensação de insegurança” ou “sentimento de impunidade”, caros aos discursos da mídia, prontos a acionar a *demanda sancionatória*, que precisam ser mais e mais com-provados, pois é esta “falta de conceito” o pressuposto mesmo da formatação de uma *razão populista* (como ver-se-á à continuação). Sabe-se que estes referenciais excedem superlativamente a realidade criminal, motivo maior ainda de não reduzi-los a elementos captáveis numericamente.

⁷⁴⁰ LARRAURI, Elena. “Populismo Punitivo...y como Resistirlo”, p. 14.

⁷⁴¹ LARRAURI, Elena. “La Economía Política del Castigo”. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 11 – nº 6, 2009, pp. 02-03: “Antes de continuar debemos intentar definir punitivismo, pues se ha puesto de manifiesto que lo que se pretende describir con este concepto no es evidente. Así, Nelken (2005) arguye por ejemplo que una sociedad puede presentar bajos índices de encarcelamiento y ser muy ‘punitiva’, como puede ser el caso de Italia donde la larga duración de los procesos, aun cuando estos acaben sin condena son ya a su vez, como se ha dicho tantas veces, una ‘pena’. Creo que el argumento de Nelken es parcialmente cierto. Si intentamos derivar cuán punitiva es una sociedad basándonos solamente en el índice de encarcelamiento esta conclusión pareciera en efecto apresurada, pues existen muchos otros indicadores para medir la ‘punitividad’. Por ello, cuando se habla de distintas tasas de encarcelamiento debería quizás recalcarse que nos estamos refiriendo precisamente a un primer nivel descriptivo, sin entrar a valorar aún cuán punitiva es una sociedad respecto de la otra, lo cual sería un segundo nivel de análisis (Melossi, comunicación personal).”

Repita-se. Precisamente é em função desta *volatilidade* e “inconsistência” (diria melhor, *intraduzibilidade*) dos termos que estes discursos estão sempre aptos a associar o *medo* com a *demanda/desejo* de punição. Novas cores de profundezas inéditas são trazidas àqueles preocupados com os discursos *populistas (punitivos)* em matéria penal.

Que existem efeitos sociais reais resultado dos sistemas penais concretos, como a hipercarcerização apontada, pouca dúvida há. Talvez o que se possa avançar é a aproximação estrita a esta *rede* por vezes abstrata, de alguma forma, auferindo responsabilidade àqueles atores que presentificam e reproduzem o punitivismo em seus setores de poder, determinando influências diretas que acabam por convergir na legitimação de um populismo repressivista. O problema do grande encarceramento que marca o escopo político-criminal brasileiro está longe de ser apenas gerado pelos agentes de *criminalização primária* (entenda-se aqui o *Poder Legislativo* – chamaremos, pois de *atores político-criminais* em sentido lato) juntamente com a inércia administrativa do *Poder Executivo*. Não simplificar o problema é vê-lo ainda como resultado da atuação diária fora destas órbitas, ou seja, dos *atores jurídico-penais* em sentido estrito (entenda-se, agentes de *criminalização secundária*, dentre eles, membros do Ministério Público e Magistratura).

Dirá Carvalho: “o fenômeno do grande encarceramento que marca a política criminal nacional não está restrito à incorporação do populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas requer, para sua plena efetivação, que atores com poder de decisão na cena processual penal entendam a diretriz punitivista como legítima, concretizando-a através da racionalidade jurídico-instrumental.”⁷⁴² Isto nos indica que a carga populista investida variadamente pelo discurso inquisitorial permeia como um todo as agências executivas, legislativas e também judiciais, não estando estes últimos (muito pelo contrário) imunes a estes impulsos punitivistas. Importa dizer que tanto reproduzem a lógica, refletindo de algum modo o discurso do senso comum, quanto, de forma reflexa – este é o ponto –, acabam por autorizar/induzir o incremento das ideologias autoritárias, alimentando, seja de forma direta ou indireta, as demais posturas dos envolvidos no contexto da criminalização (exemplo claro e direto será o policial que poderá se ver legitimado em sua atuação truculenta, não apenas pela *demanda* popular, mas pela reprodução da mesma lógica em sede dos aparelhos judiciais formais). A

⁷⁴² CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo* (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 60.

formação cultural, suma, é investida de uma enorme potência inquisitória, a tal ponto que pode ser definida como denominador social comum no contexto criminal brasileiro.

A ineficiência do “sistema de justiça” – dentro da atual crise da administração da Justiça brasileira que, notadamente, passa pelo enraizamento no imaginário social do arbítrio cultural e pelo fato de ter sido concebida sob um modelo ideal de atuação numa sociedade estável com níveis equitativos de renda⁷⁴³ – passa pelo exercício deficiente de três funções que cabem aos tribunais: *instrumental*, *política* e *simbólica*⁷⁴⁴. A ineficiência que graça no desempenho delas e a crise gerada passa, primeiramente, pela deficiente *função instrumental*, ou seja, aquela atribuída a um dado campo de atuação social e que se diz cumprida quando o referido campo opera eficazmente dentro de seus limites funcionais. Em se tratando de Ministério Público e Judiciário, são relativas as suas capacidades para resolver conflitos. Já a *função política* é aquela em que os campos setoriais de atuação social contribuem para a manutenção do sistema político; no caso, o papel destas instituições como mecanismos de controle social. A *função simbólica* é atinente às orientações sociais com que os diferentes campos de atuação social contribuem para a manutenção ou destruição do sistema social no seu conjunto; quanto aos tribunais, diria respeito à efetivação das expectativas sociais de aplicação equânime da justiça. Tal fragilidade nestas funções, no caso brasileiro, decorre em síntese, segundo Faria,

“da incompatibilidade estrutural entre a sua arquitetura e a realidade socioeconômica sobre a qual tem de atuar. Em termos ‘históricos’, desde seus primórdios no Brasil colonial, como instituição de feições inquisitórias forjada pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contra-Reforma, com seus prazos, instâncias e recursos,

⁷⁴³ “(...) ao apelar para valores enraizados no imaginário social como arbítrio cultural e consciência coletiva, os sistemas simbólicos subjacentes a ambas as técnicas, ao lado da expansão das funções regulatórias do aparelho estatal, acabam tornando possível o estabelecimento de relações sociais específicas – isto é, desiguais, mas legítimas. De modo que, se por um lado as sanções penais e as sanções premiaias configuram uma demonstração exemplar da assimetria, da fragmentação e da amplitude da práxis jurídica do Estado intervencionista, por outro lado elas revelam a tendência dos regimes modernizantes de abandonar as formas e categorias jurídicas clássicas, valendo-se de instrumentos normativos cada vez mais flexíveis para domesticar tudo aquilo que possa eventualmente escapar às malhas de seu padrão organizativo.” (FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Edusp, 1988, p 123). Cf., ademais, do mesmo autor, *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. 3ª ed.. São Paulo: Ática, 2007.

⁷⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Coimbra: Oficina do CES, nº 65, novembro de 1995, p. 55.

*o judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimento escritos.*⁷⁴⁵

Ademais, para a localização e identificação destas variáveis, já nos fizemos valer de profundo debate acadêmico acerca dos discursos apostos sobre o *sistema penal*, a *pena* e a *cultura penal*. Pode-se dizer que este nível discursivo (“jurídico”) não elide o embate mais propriamente “fático”, que também trouxemos, sobre a questão criminal (mais de cariz empírico, diria, menos restritivamente, fenomenológico, sobre o papel dos atores neste contexto). A proposta de investigação, neste instante, já tem por abarcado tanto um nível quanto outro⁷⁴⁶. Não entendemos como ambos possam excluir-se. Mas a correlação de dados fáticos não pode ser mais que orientadora. O avanço do *punitivismo* não poderá ser adequadamente visto senão examinando-se como os atores jurídicos aderem às práticas político-criminais repressoras e legitimadoras do sistema penal. Sem dúvida. Com isto, não estamos dizendo que são puramente os atores judiciais das agências de punitividade, independente de qualquer fundo teórico, que as veiculam simplesmente por identificação. Frise-se que não se comparte da ideia de que há âmbitos estanques: de um lado, teóricos produtores de ideias a serem postas em circulação, com nenhum fundo prático (como seria possível, nem que fosse a “prática” da própria produção de seu trabalho?); e, de outro, atores das agências jurídico-penais que seriam os “efetivadores das ideias” e daí, sim, apenas neste nível, haveria algum teor de (des)legitimação do poder punitivo. Não se pode, de forma alguma, menosprezar o papel dos agentes como se eles fossem alheios à configuração e à produção de *saber*. A rigor, foi-se o tempo infrutífero de separar-se teoria e prática, ou, melhor ainda, *saber* e *poder*. Magistratura e Ministério Público – para irmos direto ao ponto – não trabalham alheios aos saberes que eles mesmos captam e produzem, nem a *intelligentsia* está

⁷⁴⁵ “*Em termos funcionais*”, segue o autor, “*foi concebido para exercer as funções instrumentais, políticas e simbólicas no âmbito de uma sociedade postulada como sendo estável, com níveis equitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras e unívocas. (...) Contudo, a realidade brasileira é incompatível com este modelo de ‘Justiça’. Iníqua e conflitiva, ela se caracteriza por situações de miséria que negam o princípio de igualdade formal perante a lei (...) e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais.*” Arremata dizendo que esta realidade é marcada por “*uma violência e criminalidade urbanas desafiadoras da ordem democrática e oriundas dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão cotidiana se converteu na única possibilidade de sobrevivência.*” (FARIA, José Eduardo. “O Sistema Brasileiro de Justiça: Experiência Recente e Futuros Desafios”. In. *Estudos Avançados*, v. 18 (51), 2004, pp. 104-105).

⁷⁴⁶ Senda brilhantemente indicada por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, pp. 21 ss.

imune à produção de *saber* advinda destas instâncias de *poder*. Dizer que nenhuma “teoria” tem o poder de definir rumos de política-criminal, por exemplo, e que são os agentes dos setores de punição que legitimam ou não a sua aplicação, é pressupor uma restrita e inadequada concepção de “discurso” dentro das ciências criminais e, sobretudo, é pensar que estas plataformas de *poder* não são mantidas e não são elas também vetores de *saber*. As práticas políticas são um intensificador do pensamento, da mesma forma que a análise torna-se um multiplicador das formas e domínios da intervenção da ação política. O que informa os atores das agências penais que dão concretude ao sistema penal, por certo, às vezes pode ser a pouca preocupação com os estudos teoricamente mais profundos, mas a pergunta vem: haverá, ainda assim, alguma “prática” ali realizada intocada por algum – mesmo que frágil – arcabouço teórico? Aqui não funciona um “antes” e um “depois”, como num paradigma linear de causa/consequência. Uma e outra – por exemplo, as “teorias” criminológicas sobre a pena e a “prática” dos agentes judiciais que inovam nos seus recursos de legitimação e formam novos saberes – implicam-se. Em forte resumo: não há “teoria” oriunda senão de alguma “prática” e não haverá “prática” senão com alguma “teoria” nela embutida. A “prática” dos agentes judiciais é informada na mesma medida em que informa e condiciona também a “teoria”. Não há preponderância necessária num polo ou noutro. Não há separação (senão meramente retórica como empreendemos aqui pedagogicamente) destas instâncias. Bem isto se vê na esfera das práticas político-econômicas, que se deduzem e influem na (re)construção de novos modelos econômicos, retroalimentando estas mesmas modificações que serão reflexos de outros apanhados teóricos vinculados a outras práticas e etc.

Desta maneira, feita esta pequena digressão, o panorama de permanência das *pulsões inquisitoriais*, mesmo em períodos democráticos, resiste. A postura conservadora dos atores jurídicos com relação à repressão penal, por sua vez, fomenta a expansão do encarceramento e torna-se pouco afeita a sua devida tarefa de criação de “filtros” à *demanda* punitiva. O Ministério Público – que ganhou papel de destaque após a Constituição de 1988, com a atribuição de novos papéis, inclusive o de protagonizar o debate sobre políticas públicas no país com demandas judiciais, gerando um fenômeno de protagonismo dos tribunais, tão estudado e conhecido como

“judicialização da política”⁷⁴⁷ – é predominantemente dominado por uma visão corporativa conservadora da política e da sociedade brasileira, para as quais o papel do órgão, segundo Arantes⁷⁴⁸, seria o de tutela da sociedade marcadamente hipossuficiente. Comezinho que, num panorama de vitimização social e de fragilização contra o crime, seja canalizada por ali a *demanda* punitiva no campo político-criminal.

Pesquisa feita, em 2004, através de questionários, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, com 331 integrantes do Ministério Público do Estado (48,5% do total de membros), aprofundada qualitativamente com 17 entrevistas com promotores e procuradores de justiça de atuação na área criminal⁷⁴⁹, apontou que dentre os motivos que os levaram a optar pela carreira do Ministério Público, além da função social da instituição (57,7%), a segunda opção que mais apareceu foi a atuação no *combate à criminalidade*, com 30,8%. Sobre quais das principais correntes de política criminal contemporâneas eles se identificaram, diretamente 54,4% assinalaram a *tolerância zero*⁷⁵⁰, outros 26,9% aderiram ao *funcionalismo penal* e apenas 8,2% demonstraram-se influenciados pelo *garantismo penal*. A resposta ao questionamento acerca do papel prioritário do MP em matéria penal, apesar de, em primeira opção, aparecer (48%) a tutela dos direitos e garantias individuais, foi seguida de perto com 44,7% pela *busca de elementos para garantir a punição dos acusados*. Como segunda opção, contudo, a

⁷⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Souza (dir.). *A Justiça Penal: uma Reforma em Avaliação*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais (CES), 2009, p. 527.

⁷⁴⁸ ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e a Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002, pp. 304-305. No mesmo sentido, AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: Causas e Conseqüências da Demanda Punitiva”. In: *Sociologia e Justiça Penal: Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 221.

⁷⁴⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; WEINGARTNER NETO, Jaime. “Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Gaúcho”. In: *Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*, set./2004, pp. 01-34. A pesquisa aparece replicada, em parte, mas com o acréscimo de trechos de entrevistas aprofundadas em AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Gaúcho”. In: *Anais do XIII Congresso Brasileiro de Sociologia da Sociedade Brasileira de Sociologia*, GT 25 – Violência, Criminalidade e Segurança, 2005, pp. 01-32.

⁷⁵⁰ Nas entrevistas, em profundidade, pode-se ver: “*Eu acredito que a Tolerância Zero deve ser aplicada. Por quê? Porque se nós tivermos a prática de um delito e a repressão efetiva por aquilo que foi praticado vai ser uma das formas de mostrar a sociedade o quê? Que a sanção penal exerce aquela finalidade preventiva e retributiva. A sociedade vai verificar quem efetivamente praticou um crime, terá a resposta para aquele delito. A sensação de impunidade vai terminando com a aplicação da Tolerância Zero (...) Só que eu acho que com a Tolerância Zero nós vamos terminar com essa sensação de impunidade que existe e que tanto faz, tanto fez cometer crimes.*” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Gaúcho”, p. 13).

opção repressiva já aparece em maioria com 46,2%. A função da pena é *preventiva* (vinculados ao utilitarismo e positivismo criminológicos) para 59,6% dos entrevistados. Em análise da legislação, apontaram 83,8% (totalmente de acordo ou mais de acordo) que a *legislação brasileira é excessivamente branda*, com muitos benefícios processuais aos réus e penas muito curtas que dificultam a contenção da criminalidade, e 82% manifestaram-se favoráveis à *expansão do direito penal*.

Em sede processual penal, 66,9% dos membros do MP gaúcho manifestaram-se favoráveis à *ampliação do papel do órgão no Inquérito Policial* e 94,2% acompanharam a ideia de a instituição realizar *investigações paralelas ou complementares às da Polícia Judiciária*. Há uma maioria de 57,5% dos membros do MP que estão em total desacordo ao *princípio do contraditório, garantindo o direito de defesa pelo indiciado*. Com outros 26,3%, mais em desacordo, tem-se o expressivo número de 83,8%. A *pena de prisão não deve ser limitada* aos crimes mais graves e violentos, apesar dos seus efeitos estigmatizantes e suas deficiências estruturais para 46,4%, o que demonstra em paralelo a significativa *resistência às penas restritivas de direito* também em 34,4%.

Para ampliarmos o foco, no período de junho a julho de 2008, em sede do Ministério Público Federal, a mesma metodologia de pesquisa foi aplicada, sendo respondidos 168 questionários (20% do total de integrantes do MPF), obtendo-se resultados semelhantes.⁷⁵¹ Do *quadro total* do MPF, mais de 83% já ingressaram sob a

⁷⁵¹ Também houve entrevistas semiestruturadas, com 3 subprocuradores e 12 procuradores regionais da república, atuantes nas 5 regiões judiciárias da Justiça Federal. O ingresso na carreira de membro do Ministério Público Federal se dá no cargo de procurador da república. O nível seguinte é o de procurador regional da república. O último nível da carreira é o cargo de subprocurador-geral da república. Os procuradores regionais da república oficiam perante os Tribunais Regionais Federais, órgãos da segunda instância da Justiça Federal. Seus órgãos administrativos são as Procuradorias Regionais da República na 1ª Região (sede em Brasília), na 2ª Região (sede no Rio de Janeiro), na 3ª Região (sede em São Paulo), na 4ª Região (sede em Porto Alegre) e na 5ª Região (sede em Recife). Os procuradores da república oficiam perante as Varas da Justiça Federal de primeira instância, nos inquéritos policiais e nos escritórios de defesa do meio ambiente, do patrimônio público e cultural, dos direitos constitucionais. Seus órgãos administrativos são as Procuradorias da República nos Estados e nos Municípios. A Procuradoria-Geral da República é definida como unidade de lotação e administração, como também o são as Procuradorias Regionais da República e as Procuradorias da República nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios. Na Procuradoria-Geral da República atuam, além do Procurador-Geral da República, os Subprocuradores-Gerais da República. Da mesma forma, nas Procuradorias Regionais da República atuam os procuradores regionais e nas Procuradorias da República nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios atuam os procuradores da república. (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). *Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Federal*. Brasília: ESPMU, 2010, pp. 08-26).

égide da Constituição da República de 1988. Na escala de importância das funções da pena, 55,7% apontaram a *prevenção geral*. Quanto à *idade de imputabilidade penal*, 41,9% são favoráveis à redução a patamares abaixo de 18 anos (16, 14 ou 12 anos). Dos pesquisados, 67,6% estão totalmente de acordo ou mais de acordo com a afirmação de que *a legislação penal e processual brasileira é excessivamente branda*, dificultando a contenção da criminalidade. O que não deixa de apontar uma certa contradição quando uma parcela de 65,9% entendem que a legislação penal brasileira é adequada, todavia é o *mau funcionamento das instituições responsáveis pelo controle penal* que dificulta a sua aplicação. Relativo ao tema da *expansão do direito penal*, 71,2% são favoráveis à ampliação ante os novos riscos sociais, o que não impede (novo contrassenso) que 50,3% apontem que tal dinâmica ampliativa acaba gerando a vulgarização da alternativa punitiva. Entre as correntes de política criminal, a identificação com a *defesa social* deu-se em 34,7%⁷⁵², *funcionalismo penal* 15% e *tolerância zero* 12,6%⁷⁵³. Se a atuação do Ministério Público deve ser *ampliada no âmbito da investigação criminal*, passando ele a coordenar a fase pré-processual para 82,6%, nada mais lógico que para 95,8% dos membros do MPF pesquisados, mesmo sendo o inquérito policial atribuição da Polícia Judiciária, deve o Ministério Público *promover investigações paralelas ou complementares*. Ainda no aspecto processual, 81,4% estão em total acordo ou mais de acordo que, durante as fases do inquérito policial, *não deva ser garantida a participação da defesa do investigado*. Propriamente quanto à *prova criminal*, aparecem assustadores 62,3% que não estão de acordo, ou mais em desacordo, com o descarte no processo criminal das provas obtidas de forma ilícita tendo em vista a violação praticada e o delito investigado.⁷⁵⁴ A matéria processual segue perguntada, ainda em sede

⁷⁵² Dirá um subprocurador da república: “*Eu estaria mais voltado à defesa social. Porque eu acho que a criminalidade tem a ver com a impunidade (...). Quando você só fica na repressão, na tolerância zero, num país com tanta diferença social, você vai ficar na pancada. E são eles os nossos réus. Para eles o processo é rápido, o processo é curto, é célere. Não se questiona a algema para ele. Agora, aquela macrocriminalidade organizada, essa sai do sistema.*” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). *Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Federal*, p. 53).

⁷⁵³ São as palavras de um procurador regional da república: “*Tolerância zero. Já que passou pelo Congresso Nacional que tem que ‘ver o sol nascer quadrado’, vai ‘ver o sol nascer quadrado’. Não é o Poder Judiciário que vai mudar a decisão política do legislador.*” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). *Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Federal*, p. 53).

⁷⁵⁴ Nas entrevistas, questionou-se aos respondentes a avaliação sobre a atuação da Polícia Federal em episódios recentes, que envolveram inclusive manifestações do Supremo Tribunal Federal (STF). Diz um subprocurador da república: “*É da espetacularização que eu não concordo, mas que ela vem fazendo um bom trabalho, isso vem. Que precisa estar mais perto*

probatória: quanto à *delação premiada*, para quase unanimidade (97%), o acusado que delata seus comparsas deve ser premiado com benefícios processuais e a atenuação da pena, desde que delação contribua para a punição dos delatados. Sobre o tema da prisão preventiva, 82% acham adequado *analisar a periculosidade* do agente, e a *manutenção da paz social e da ordem pública* como elementos necessários para a sua decretação. Em sede de execução penal, ainda que 68,9% reconheçam que a prisão deve ser apenas para delitos mais graves e violentos, pelos efeitos negativos que produz, a sanha punitiva aparece em 94,1% dos respondentes favoráveis ao *Regime Disciplinar Diferenciado*⁷⁵⁵.

do MP esse acompanhamento para dar resultado, isso precisa, porque muitas vezes ela faz um barulho imenso para a imprensa, joga na mídia, aí entra o MP, porque quando cai na mídia, o Juiz já entendeu o impacto criminal.” São trechos das falas de alguns procuradores regionais da república: “*Eu acho que a atuação da PF é perfeita, que ela está sendo muito bem feita, que ela age de acordo com a lei, de acordo com as autorizações judiciais que lhe são dadas. Ninguém está extrapolando absolutamente nada. O que causa essa celeuma no Brasil é quando um rico vai para a cadeia. Quando o rico vai para a cadeia, pronto: aí cai toda a imprensa em cima, e as instituições financeiras começam a apertar para esses “pobres criminosos de colarinho branco” coisas que elas não exigem para o “ladrão de galinhas”, o “ladrão pé de chinelo”.* Outro ainda: “*Eu acho que os principais crimes que chamam a atenção da mídia é essa criminalidade econômica, o combate à corrupção (...). Mas nesse caminho, algumas questões devem ser melhor resolvidas: questões que envolvem a mídia, questões que envolvem o relacionamento da autoridade policial com a mídia, ou seja, respeito à privacidade, respeito à imagem; valores sociais que estão em jogo nesse tipo de combate à criminalidade. Mas eu entendo que o alvo é correto: que o alvo da polícia moderna é combater este tipo de criminalidade hoje.*” Mais outro: “*Eu acho que há uma mudança real e não só midiática e que isso começou na gestão do Ministro Thomaz Bastos, quando ela começou a atuar a partir de grandes esquemas, até interestaduais. Acho isso positivo por levar a uma especialização dos agentes. Eu acho apenas que houve uma preocupação muito grande em dar uma promoção disso na mídia e a mídia claro que recebeu muito bem, pois isso, afinal de contas, sempre é notícia, houve alguns exageros de divulgação, agora menores, mas houve, porque isso fere algumas das garantias individuais do investigado e a população tem a sensação de que desvendaram um esquema criminoso e todos vão ser presos e que isso é bom.*” Para encerrar, mais um: “*O que eu me preocupo com a PF é com os casos não VIPs, que são os que eu acompanho no dia a dia do meu trabalho. O que eu vejo é que, em detrimento desses casos considerados pela PF como mais graves, em que se privilegiam as ações mais organizadas, os demais inquéritos tramitam sem resolução alguma. E se alguém fizer um levantamento mais sério, vai ver que cerca de 80% dos inquéritos da PF não são resolvidos.*” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). *Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Federal*, pp. 62-65).

⁷⁵⁵ Esta sanção disciplinar, de discutível constitucionalidade, é a mais grave prevista no art. 53 V da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), incluída pela Lei 10.792/2003, e o indivíduo poderá nela ser incluído se apresentar “*alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*” ou sobre ele recair “*fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.*” (art. 52 §§ 2º e 3º). Cf. CARVALHO, Salo de; RUSSOMANO FREIRE, Cristiane. “O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro” e BUSATO, Paulo César. “Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo” ambos incluído na reunião de estudos CARVALHO, Salo de. (coord.). *Crítica à*

A tendência político-criminal conservadora, agora na Magistratura, é completamente replicada. O *populismo penal*, vez mais se diga, não se restringe à esfera legislativa. Importante estudo apresentado ao final de 2006 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), realizado com cerca de 3 mil juízes (25,1% do total de magistrados),⁷⁵⁶ indica a tendência maciça da magistratura nacional em reduzir o impacto dos substitutivos à prisão e, sobretudo, potencializar o punitivismo legislativo. Vem da voz do próprio presidente da AMB à época, dando-se a conhecer os juízes do Brasil:

“A pesquisa revela que o ambiente extremo de violência que atinge as grandes cidades brasileiras influencia o comportamento da magistratura. A categoria coloca-se como protagonista importante do combate à criminalidade e anseia pela instituição de formas mais poderosas para combatê-la, seja por meio de alterações legislativas ou da instrumentalização de procedimentos que possam ser aplicados no combate ao crime. Os magistrados querem o endurecimento da lei penal.”⁷⁵⁷

Relativo ao grau de importância dos aspectos que contribuem para existência de impunidade no país, 63,8% atribuem à dificuldade de utilização de meios de prova (a indicar intuitivamente o terreno propício ao protagonismo do juiz-ator) como fator “altamente importante”. Neste patamar, ainda, 68,1% afirmam a existência de várias instâncias de julgamento, 86,1% o excesso de recursos e 71,9% a falta de vagas no sistema carcerário como motivos altamente importantes. A proposta de diminuição da maioria penal foi totalmente favorável ou favorável para 61%, o aumento do tempo de cumprimento de pena para progressão de regime em crimes graves foi favorável para 89,3% e para o livramento condicional (81,5%). Favoráveis ou totalmente favoráveis ou ao aumento do tempo de internação de menores em conflito com a lei foram 75,3%, ao aumento das hipóteses de internação para estes menores 73,8%, à ampliação dos casos de investigação sigilosa em crimes graves 84,1%, ao aumento da pena mínima para o tráfico de drogas 76,8%, ao aumento do limite máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade 69,1%, à privatização do sistema carcerário 49,4%. O que não afastou certa contradição quando 64,9% são totalmente favoráveis ou favoráveis à

Execução Penal. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, respectivamente, pp. 269-281 e pp. 293-303.

⁷⁵⁶ A entidade reúne todos os integrantes do Poder Judiciário nacional, independente da esfera de atuação. SADEK, Maria Tereza (coord.). *Pesquisa AMB 2006: a palavra está com você – Resultados*. Brasília: AMB, 2006, p. 07.

⁷⁵⁷ COLLAÇO, Rodrigo. “Desenvolvimento: uma Questão de Justiça”. In: *Pesquisa AMB 2006*, p. 07.

ampliação da aplicação das penas alternativas e 86,4% em priorizar o caráter ressocializador da pena criminal.

Ao ser revelado o senso comum teórico em matéria criminal da magistratura como um todo, não apenas especificamente daqueles que atuam na área penal, demonstra-se que a categoria representa uma preciosa superfície de agarre às funções policiais em detrimento da sua genuína tarefa. O indicativo é validado por outro levantamento, pouco mais restrito, porém profundo, relativo aos processos criminais de roubo no Estado de São Paulo⁷⁵⁸, realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), em parceria com o Instituto de Defesa ao Direito de Defesa (IDDD). Nele foram analisados 6.530 processos criminais julgados entre 01.01.99 e 31.12.00. Em linhas gerais, além das condenações beirando a totalidade dos casos (96,86% em 1º grau e 94,55% em 2º grau), nas sentenças condenatórias em que a pena foi fixada no mínimo legal (77,19% dos casos) se tem que, em primeiro grau de jurisdição, em 80,75% dos casos, o regime imposto foi o fechado para indivíduos primários e 97,06% para os reincidentes. Em segundo grau, considerando os 81,82% de acórdãos que fixaram a pena no mínimo legal, 69,85% para primários o regime foi o fechado e 98,65% para reincidentes. Fundamental entender que o Código Penal Brasileiro, em seu art. 33 §2º b, estipula que, para penas aplicadas entre 4 e 8 anos, como é o caso do roubo, o regime é o semiaberto, apenas facultando o regime fechado nas hipóteses de reincidência. Imenso descalabro, pois, quando se tratava pontualmente dos réus primários, em que a pena estava fixada no patamar mínimo, mesmo assim, impôs-se o cumprimento de pena no regime mais gravoso. Isto deu-se em função dos seguintes argumentos trazidos no estudo: gravidade do delito (60,83%), periculosidade (56,86%), defesa da sociedade e prevenção do crime (42%) – tudo a apontar a cominação de regime de pena mais grave do que aquele regulado legislativamente, violando o Código Penal e a própria Constituição.⁷⁵⁹

⁷⁵⁸ No Brasil, segundo dados de dezembro de 2009, havia um total de presos de 473.626 pessoas. Retirados aqueles presos em unidades policiais, havia 113.522 homens (29%) e 2.216 mulheres (11%) de sujeitos presos em decorrência de crime de roubo. São Paulo, à época, tinha uma população prisional total de 163.915 pessoas, correspondendo a 34,6% dos presos do Brasil. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Dados Consolidados 2008/2009*, pp. 41-42; pp. 29 e 46.

⁷⁵⁹ IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; IDDD – Instituto de Defesa ao Direito de Defesa. *Decisões Judiciais nos crimes de roubo em São Paulo – A Lei, O Direito e A Ideologia*. São Paulo: RT/IBCCrim, 2000.

Na mesma esteira de aprofundar o estudo sobre os operadores da justiça penal paulistana, foi apresentado trabalho realizado entre março de 2006 e agosto de 2007, pelo Núcleo de Pesquisa do IBCCrim, no 13º Seminário Internacional da entidade, de título *Visões de Política Criminal entre Operadores da Justiça Criminal de São Paulo*. Efetuou-se um mapeamento das opiniões daqueles que trafegam pela esfera criminal desde uma série de entrevistas semiestruturadas com Defensores Públicos e Juízes (entre setembro e outubro de 2006), no Fórum da capital paulista, contendo 34 Varas Criminais de primeiro grau – sem a participação dos promotores de justiça atuantes no local já que, em razão de alegada parcialidade do IBCCrim, recusaram-se em bloco a participar.⁷⁶⁰

Na oportunidade havia 111 juízes, 80 promotores de justiça, 67 procuradores do Estado e 27 defensores públicos atuando no local. Foram eles classificados em quatro grupos ou correntes, de acordo com as vertentes contemporâneas de política criminal: primeira posição composta por abolicionistas, minimalistas e garantistas, atrelada à residualidade da legislação penal; a segunda incluía o garantismo e o minimalismo, mas na perspectiva do reforço das agências de controle penal para o aumento da eficácia do sistema; a terceira, a ênfase estava no reforço das instituições em vista da expansão do direito penal para tutelar novos bens jurídicos, juntamente com o aumento das penas, contudo mantendo-se o sistema de garantias; a última tendência se expunha através dos movimentos de lei e ordem, defesa social e gestão penal da sociedade, com a preponderância do interesse estatal frente à proteção individual.⁷⁶¹

⁷⁶⁰ O trabalho acabou por não ser publicado pelo Instituto, segundo informaram os autores, o que não impediu de vir a público no Congresso Brasileiro de Sociologia. Como descrevem os redatores do trabalho, o argumento advindo de membros do MP paulista decorreria da ligação do Instituto aos movimentos de direitos humanos, pelo fato de ser composto por juristas contrários à expansão do direito penal e por serem defensores de práticas garantistas: “*a recusa das secretarias das promotorias criminais do Fórum da Barra Funda foi justificada pela suposta parcialidade da pesquisa, já que realizada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, uma entidade atuante no debate público sobre política criminal, em geral associada a movimentos de direitos humanos e de juristas contrários à expansão do direito penal e defensores de uma prática jurisdicional constitucional-garantista.*” (SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Sérgio Renato de; ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. “Entre advogados e policiais: opiniões dos operadores da justiça paulista sobre política criminal”. In: *Anais do XIV Congresso Brasileiro de Sociologia*. Grupo de Trabalho: Violência e Sociedade. Rio de Janeiro: 28 a 31 de julho de 2009, p. 01).

⁷⁶¹ SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Sérgio Renato de; ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. “Entre advogados e policiais: opiniões dos operadores da justiça paulista sobre política criminal”, pp. 02 e 07.

O que se identificou foi o destaque para um *zona de consenso* (“centro político-criminal”), um reconhecimento comum em política criminal da necessidade de reforços das capacidades institucionais e da importância do sistema de garantias, diferindo, entretanto, quanto à eficácia da expansão da tutela penal e ao sentido a ser empreendido no aumento do reforço institucional (repressivo, contrarrepressivo ou preventivo). Em que pese, no geral, os resultados indicarem a adesão majoritária a uma posição intermediária – até mesmo tendo em vista o extremo proposto pelas 1ª e 4ª posições –, ou seja, que defende a manutenção de garantias individuais, a ampliação das capacidades das instituições do sistema de justiça e possibilidade de expandir o Direito Penal a novos domínios, sobretudo ligados à defesa de direitos coletivos e aos novos riscos ambientais, quando se examinam as questões específicas, a identificação por correntes político-criminais intermediárias acaba pulverizada. Inclusive, frente aos Defensores Públicos, a despeito de uma suposta postura naturalmente mais garantista, as posições de reforço à ampliação do papel do Estado demonstram estar em compasso com aquilo que se esperaria em tese dos membros do Ministério Público. Se não se pôde notar ainda uma tendência na inversão antirrepressivista comumente vista, já que menos punitivista na análise global, há uma indicação clara de uma adesão às teses de reforço da legislação penal como estratégia de política criminal.⁷⁶² Os magistrados, pois, entrevistados demonstraram uma maior tendência

“a ser mais ‘rigorosos’ na defesa de estratégias de política criminal baseadas na penalização/criminalização de condutas, quando concordam, no todo ou em parte, que a legislação penal é excessivamente branda, dificultando a contenção da criminalidade (61,9% dos respondentes), e que o direito penal deve expandir seu campo de abrangência para novos bens jurídicos ameaçados, cuidando de novos riscos sociais (85,4% dos respondentes), referendando assim posições de governo penal da sociedade

⁷⁶² “Nesse sentido, enquanto apenas 15,8% (...) dos defensores respondentes disse discordar, no todo ou em parte, da afirmação de que a expansão do direito penal pode vulgarizá-lo e torná-lo ineficaz, 40% (...) afirmou concordar com a ampliação do raio de proteção do direito penal a novos bens e situações de risco, reafirmando assim o sucesso das doutrinas penais do risco sobre os operadores e a prática jurídica. Obviamente, esse resultado não pode ser lido sem conexão com o grande atrativo que a defesa de direitos difusos e coletivos possuiu para a escolha profissional dos defensores, conforme demonstrado acima, na medida em que o grande foco de intervenção atual do direito penal do risco tem sido a proteção penal de interesses difusos, antecipando-a a estágios prévios à ocorrência do dano, de forma a abarcar o simples risco de agressão.” (SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Sérgio Renato de; ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. “Entre advogados e policiais: opiniões dos operadores da justiça paulista sobre política criminal”, pp. 07-08 e 13).

pela sua matriz punitivista mais clássica (defesa social), seja em suas atualizações pelas doutrinas penais do risco.”⁷⁶³

Como dito, enorme parcela de responsabilidade não pode ser desviada dos *atores jurídico-penais em sentido estrito*, por isso começamos esta análise por eles. O que não deixa de correlacioná-los ao espectro mais amplo ainda de *criminalização primária*, normalmente apontado, aberto pelos *atores político-criminais em sentido amplo*, especificamente, o *Poder Legislativo*, nos seus mais diversos matizes ideológicos. Neste uso simbólico do Direito Penal, cabe ver como o legislador, de sua parte, vem formando a política-crime brasileira.

O diagnóstico normativo brasileiro atinente ao *populismo punitivo* tem um de seus contrassensos na relativa estabilidade da estrutura jurídico-penal formal – ao menos antes da Constituição da República de 1988, inclusive com marcas notadamente humanitárias, como na reforma da parte geral do Código Penal em 1984, em que pese a estrutura nitidamente autoritária do Código de Processo Penal de 1941 – conjugada com um sistema repressivo policial e carcerário herdado da *ideologia da segurança nacional* e de repressão ao inimigo interno, como dissemos em apartado anterior.

A expansão do poder punitivo, seu agigantamento via legislação, teve a propriedade, além de produzir leis autoritárias (ancoradas, por vezes, nas ordenações constitucionais), de criar espaços de exceção, progressivamente ampliados, confrontados com as mesmas normas fundamentais esculpidas na carta maior. Leis que impõem a criminalização antecipada, tipificadora de atos preparatórios ou tipos de perigo abstrato, desvinculando-se do reconhecimento de afetação a algum bem jurídico em concreto; o completo desprezo pela taxatividade com tipos genéricos ou vazios, principalmente na esfera da criminalidade econômica; o reforço da previsão gravosa da reincidência que viola o princípio da culpabilidade, da isonomia, da dupla incriminação

⁷⁶³ SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Sérgio Renato de; ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. “Entre advogados e policiais: opiniões dos operadores da justiça paulista sobre política criminal”, p. 12. Caberia, em vista do parco manancial empírico ainda neste viés, ver-se o quanto estas posições punitivistas poderiam ser inibidas em sede dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), mais abertas à composição plural de seus membros, em função da formação política de seu quadro dada pela indicação de componentes pela Ordem dos Advogados e do Ministério Público. Cf., quanto à aplicação da pena, CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*, pp.115-228; GROSNER, Maria Quezado. *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCrim, 2008.

e da coisa julgada – são apenas elementos, nada exaustivos, do panorama legislativo que campeou e se mantém em larga medida em terras brasileiras.⁷⁶⁴

No campo probatório, nossa constante preocupação, a busca de provas por meios insidiosos e invasivos é o tom assentado. Violações ao direito a não se autoincriminar, ao contraditório, ao mínimo de racionalidade, conteúdo ético nas iniciativas investigatórias completamente ignorado diante da instalação de enormes instrumentais de escuta, de interceptação de comunicações, câmaras ocultas, da infiltração de agentes que instigam, promovem ou retardam as condutas criminosas e da traição como prêmio nos casos de delação premiada, ou nos casos das testemunhas sem rosto e de audiências por video-conferência. A global rotina que tem se instalado nos meios de investigação e busca de prova no Estado de Direito Democrático brasileiro nos conduz a pensar na nova elevação da *confissão*, em termos atuais, ao trono da rainha das provas. O processo penal da era digital parece retornar no tempo, ao menos quando pensamos com o objetivo pretérito das práticas medievais, qual seja, de viabilizar a pena através da colaboração daquele que iria sofrê-la.⁷⁶⁵ Obviamente que não será preciso (ao menos

⁷⁶⁴ Em modesta síntese, regras asseguradas paradoxalmente no Título II dos “Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição da República dispararam o dispositivo criminalizador, já não fosse somente pelas práticas que teimavam ignorar o novo contexto democrático brasileiro. Caso emblemático foi a entrada em vigor, pouco mais de um ano depois da promulgação da nova Constituição (em 21 de dezembro de 1999), de Lei que dispõe até hoje sobre a chamada “Prisão Temporária” (Lei 7.960), ao completo arrepio das ordenações pétreas do art. 5º LXI. Ela resultou da conversão da Medida Provisória 111 de novembro do mesmo ano que visou regularizar a anterior “prisão para averiguações”, completamente ilegal, todavia amplamente utilizada no contexto totalitário nacional pré-constituição e expurgada do seu quadro pós-1988 – fruto, agora, sob parâmetros “pós-constitucionais”, dos ares de períodos ditatoriais (ver FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2010, pp. 288-292). Assim, os incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV do art. 5º inspiraram uma legislação de exceção. Inaugurada com a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos com seus sucessivos incrementos), a série prosseguiu com a Lei 9.034/95, de repressão ao “crime organizado” que, juntamente com as suas inúmeras modificações, não conseguiram delimitar o que seja tal conceito (ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime Organizado”. In: *Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996, pp. 45-69 e, para um conceito mais sofisticado e responsável de “criminalidade organizada”, cf. HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradutora Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 138-146). Passando pela Lei 9.296/96, que regulou as interceptações telefônicas e em sistemas de informática e telemática; com a Lei 9.613/98, criminalizadora da lavagem de capitais; a Lei 9.807/99, que, mesmo criando o programa de proteção às testemunhas, não deixou de prever os “réus colaboradores” reforçando a figura da delação premiada; a Lei 10.792/03, que modificou, como vimos, a Lei de Execuções Penais criando o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado); a Lei 11.343/06 e suas antecessoras Lei 10.409/02 e Lei 6.368/76 – todas elas, conjugadas com uma série extensa de outras legislações, nada menos fizeram que ampliar as medidas excepcionais em nosso sistema penal.

⁷⁶⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o Desejo da Liberdade e Conter o Poder Punitivo*. Vol. 1. Escritos sobre a Liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 40-43.

oficialmente), se não persuadidos os réus, submetê-los à tortura (aqui deixada para a repressão pararela, informal, à margem do ordenamento jurídico-penal), basta a ingerência de algum meio tecnológico da era digital para cientificamente fazê-lo revelar a verdade de suas ações tornadas criminosas.

O texto constitucional de 1988, assim, apesar de ancorado em rígidos princípios limitadores do *potestas puniendi*, apresentou, por outro lado, ambiguidades ao enrijecer o modo de execução das penas e ampliar as hipóteses de criminalização primária, formando um notório *núcleo constitucional-penal dirigente*. Tal dilatação à entrada e estreitamente ao fim de nosso sistema criminalizador, projetada com ajuda dos partidos de esquerda e dos movimentos sociais, bem pode ser indicada como incrementadora do punitivismo. A ponto de atualmente, como assevera Carvalho, termos uma espécie de “*Constituição Penal Dirigente plenamente realizada*”⁷⁶⁶, alheia aos intensos debates sobre a (in)efetividade das normas programáticas em sede constitucional⁷⁶⁷. Uma constituição penalizadora foi implementada no Brasil, ao menos desde a década de 90, e não apenas atendida com louvor pelo legislador, como, em alguns casos (Leis dos Crimes Hediondos, Lei 8,072/90, em que houve uma restrição às garantias individuais além daquilo que o próprio texto previa), excedendo-se os parâmetros do constituinte originário. Resume o autor, noutro local, os fatores que contribuíram para o aumento dos índices de encarceramento no país:

“(a) criação de novos tipos penais a partir do rol de bens jurídicos expostos na Constituição (campo penal); (b) ampliação da quantidade de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal); (c) sumarização do procedimento penal, com o alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das possibilidades de fiança (campo processual penal); (d) criação da modalidade de execução penal antecipada, prescindido o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal); (e) enrijecimento da qualidade do cumprimento da pena, com a ampliação dos prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução penal); (f) limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); e (g) ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal (v.g. Lei 10.792/03) (campo penitenciário).”⁷⁶⁸

⁷⁶⁶ CARVALHO, Salo de. “Intervenção”. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 70-74.

⁷⁶⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. “Prefácio”. In: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª Ed.. Coimbra: Coimbra, 2001, pp. V-XXX e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1159 ss.

⁷⁶⁸ CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*, pp. 35-36.

Se pegássemos apenas a 52ª legislatura do Congresso Nacional (de 2003-2007), visando mapear as proposições de leis em segurança pública e justiça criminal, excluindo as leis aprovadas, já haveria interessante quadro a se analisar. Frade, pesquisando as proposições do Senado Federal de 2003 até 24.05.2006 e da Câmara dos Deputados de 2003 até 14.03.2006, apontou que apenas 20 das 646 propostas de alterações de dispositivos penais tiveram algum interesse em alterar as circunstâncias de tratamento mais adequadas aos criminosos ou algum relaxamento de tipo penal.⁷⁶⁹ Do total de propostas apresentadas na Câmara dos Deputados (7.597), sobre o tema “crime e criminalidade”, foram 521. No Senado Federal, das 1.647 propostas, 125 são relacionadas a este tema. Portanto, tamanha é a força do impacto repressivista que o assunto não precisa ocupar, em números absolutos pelo menos, mais que 10% do trabalho direto dos parlamentares no Congresso Nacional. A constatação da prevalência de uma postura de *tolerância zero* no trato da criminalidade não poderia ser diferente diante deste painel. Havia uma lista de 18 diferentes tipos penais com diversas iniciativas para torná-los “hediondos” (Lei 8.072/90), sem contar outras 98 propondo algo além da legislação penal vigente, quer dizer, novos tipos penais.⁷⁷⁰ Foram 259 propostas de alterações do Código Penal com apenas 12 voltadas a algum abrandamento penal. No que se refere ao Código de Processo Penal, 38 das 39 investidas tiveram como intenção o agravamento de questões processuais. Sobre legislações especiais, houve 230 propostas com apenas 6 casos de não agravamento.⁷⁷¹

Quanto ao quadro político-partidário e as iniciativas de alteração legislativa no período aludido de 2003-2007 (lembramos se tratar do primeiro governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores), na Câmara dos Deputados, o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro, da base do governo) apresentou o maior número de propostas, seguido do próprio PT. Depois, ainda apareceram PFL (Partido da Frente Liberal), atualmente DEM (Democratas), como terceiro maior proponente, e em seguida o PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira). Com algum número expressivo, em seguida, o PTB (Partido Trabalhista Brasileiro) e PSB

⁷⁶⁹ FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?* Visões do Parlamento Brasileiro sobre a Criminalidade. Brasília: Líber Livro, 2008, pp. 68-69.

⁷⁷⁰ FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?*, pp. 71-74.

⁷⁷¹ FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?*, p. 91 e 123-143.

(Partido Socialista Brasileiro). No Senado Federal, os líderes foram PFL e PMDB, seguidos de PSDB e PT.⁷⁷²

A perspectiva não se modifica se for ampliado o leque, como o fez Campos em profunda pesquisa, para se ver o enorme contingente de legislação aprovado sobre “segurança pública e justiça criminal”. Dos anos de 1989 a 2006, no Brasil, houve 84 leis aprovadas, das quais 40 foram de iniciativa do Congresso Nacional. Mais profundamente ainda, atentando-se agora para as legislações aprovadas neste interregno por partidos, constarão 15 leis sobre o assunto da lavra dos partidos tradicionalmente localizados no espectro político-partidário de esquerda ou centro-esquerda⁷⁷³: 1 lei do Pcdob (Partido Comunista do Brasil), 2 leis de autoria do PDT (Partido Democrático Trabalhista), 4 leis do PSB e 8 leis do PT. Em que pese ser temeroso apontar uma tendência clara apenas com a análise dos casos vistos (se indicam ampliação de direitos, criminalização de novas condutas ou um recrudescimento punitivo), retirando as leis aprovadas de teor meramente “regulativo” (de fraco conteúdo penal) ou aquelas que privilegiam segmentos específicos (como a prisão especial, Lei 10.258/2001), não aparece conteúdo repressivo em apenas 3 hipóteses. O que é indubitável é a especial existência de uma *legislação penal de emergência* encontrada, por exemplo, no caso da aprovação da Lei 9.695/1998 (que tornou hediondo a alteração de produtos terapêuticos e medicinais), com tramitação de apenas 60 dias. Quanto às propostas de parlamentares vinculados aos partidos localizados no espectro político-partidário brasileiro de centro, o PSDB foi autor de 5 leis e o PMDB de outras 10 leis. No primeiro, retirando o caso de atribuição de foro privilegiado (lei 10.628/2002), nas demais legislações é notável o cariz punitivo, juntamente com a totalidade das propostas aprovadas pelo último partido, o PMDB, aliado do governo PT. Quanto aos partidos de direita: PL (Partido Liberal), PP (Partido Progressista ex-PPB), DEM (ex-PFL) e PTB totalizam 10 leis propostas⁷⁷⁴. Mesmo que haja a criação de leis nas mais diversas direções, sem limites muito claros, há uma premente eleição da “defesa da instituição familiar” como prioridade de qualquer projeto neste terreno partidário, pontuando a sua visão

⁷⁷² FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?*, p. 94 e 145-147.

⁷⁷³ Sobre tal classificação, sempre problemática acerca do espectro político-partidário brasileiro e sua variabilidade ideológica, ver RODRIGUES, Leôncio Martins. *Partidos, Ideologia e Composição Social: Um Estudo das Bancadas Partidárias na Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

⁷⁷⁴ CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma Análise da Política Criminal Aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, pp. 130-132; pp. 136-137 e pp. 140-142.

conservadora, não apenas de política, mas de sociedade em geral. É dali também que se originaram as propostas mais punitivas em matéria de “segurança pública e justiça criminal”, como foi o caso da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), em que desde a proposta do senador Odacir Soares (PFL-RO) até a sanção presidencial, o tempo de tramitação foi de apenas 68 dias, em virtude, sabe-se, da “onda” de sequestros a partir de 1989 no Estado de SP e RJ, como o do empresário Roberto Medina. Algo igual, em 1998, quando a Lei 9.677 passou a considerar hediondo os crimes contra a saúde pública, proposta do Deputado Benedito Domingos (PPB-DF), com tramitação de 118 dias; contrapondo-se, por exemplo, à Lei 9.714/1998, da mesma época, que estabeleceu, como vimos, as penas alternativas no Brasil, com longa tramitação de 695 dias.

Cabe ressaltar no estudo que, independente do espectro político-partidário, em se tratando do universo das 84 leis penais aprovadas no período, frente às leis mais recrudescedoras, a tríade *lei punitiva/tramitação rápida/restrição de direitos e garantias fundamentais* é constante: 50% das legislações recrudescedoras são aprovadas em até 1 ano de tramitação, o que caracteriza uma verdadeira *legislação penal de emergência*.⁷⁷⁵ Todavia, tomando o grau de variação da punição concedida e concluída pela pesquisa, nossa concordância com Campos tem o teor diminuído. O autor aponta que, do total das 84 legislações, 23,8% apresentam recrudescimento penal (leis que restringiram direitos em relação à lei anterior); 22,6% das leis de alguma forma ampliaram direitos dos presos; outros 22,6% correspondem ao percentual da legislação neocriminalizadora, havendo ainda 11,9% de leis mistas (que numa mesma norma ampliou direitos e/ou possibilitou a aplicação das penas alternativas, ao mesmo tempo em que criminalizou condutas e/ou aumentou a pena anteriormente estabelecida) – isto tudo a apontar, segundo ele, para a “*coexistência de princípios*”, derivada de certa “*ambiguidade da resposta da elite política*”, que oscila, no plano normativo, entre “*uma coexistência igualitária e ampliadora de direitos (universalista) combinada com uma tendência punitiva e hierarquizante*”.⁷⁷⁶ Além da concordância ao recurso simbólico que se pauta o afazer legislativo no Brasil, nem que fosse apenas pelo caráter estatístico conferido aos dados, a conclusão poderia ser diversa. Simplesmente porque, por lógica, as duas hipóteses, quais sejam, *leis mais punitivas* e *criminalização de novas condutas* (sem contar ainda com algum grau as respostas *leis mistas*), ambas dizem

⁷⁷⁵ CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*, pp. 153-154.

⁷⁷⁶ CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*, pp. 158-160.

respeito a uma mesma característica de ampliação do punitivismo, o que findará com 46,4% nesta direção, ao inverso de apenas 22,6% acerca da ampliação de direitos. Assim, fica difícil conceber a sugestão de um movimento combinatório entre iniciativas reativas e as iniciativas legais garantistas ou mesmo preventivas. Houve e ainda há – ao que parece nada atualmente sinaliza em contrário –, na área penal, uma tendência fortíssima de recrudescimento advinda dos mais variados espectros político-partidários.

O que pode, sim, sinalizar – necessário notar esta fina diferenciação – é a não existência de uma tendência contraditória entre a “ampliação de direitos” e “criminalização”, principalmente diante do Estado Brasileiro pós-1988. Isto é o reflexo da possibilidade de voz e de acesso aos meios político-institucionais-representativos, não só dos movimentos sociais, mas de reclamos de “minorias” em geral, que acabam veiculando o respeito aos direitos fundamentais não raro via criminalização de condutas, num movimento de forte esquema *populista*, constituindo aquilo que, veremos adiante, chama-se “*esquerda punitiva*”. Difícil falar em coexistência para camuflar um modelo que permanece atrelado sensivelmente à hipercriminalização, pior ainda falar de “princípio de justiça” quando se recorre à criminalização e se ignora o caráter *seletivo* ontológico do sistema penal.

Acima de eventuais dissonâncias, há que responder a patente questão: o que poderá se deduzir destas constatações além da tamanha vertigem da criminalização aberta no Brasil nas últimas décadas? Seria possível verificar alguma discrepância significativa, no tocante à ânsia punitiva, se tomássemos como parâmetro algum pretenso alinhamento político-partidário mais ou menos à “esquerda”? Sensivelmente que não: “*constata-se a tendência ao crescimento da judicialização e da criminalização dos conflitos pelos diferentes partidos, sejam eles de esquerda, centro ou direita (...)*”⁷⁷⁷ Enorme gama de conflitos ainda são pensados prioritariamente sob a ótica da criminalização e da (falta de) solução penal.⁷⁷⁸

⁷⁷⁷ CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*, p. 135.

⁷⁷⁸ “*El desacierto de la política estructural nunca puede ser compensado a través del Derecho penal. La actual política criminal de casi todos los partidos políticos parece estar regida por una máxima: quien no tiene como premisa ningún principio de Estado de Derecho, tampoco tiene nada que perder. De esta deprimente perspectiva nada bueno cabe esperar para el futuro de la política criminal y el Derecho penal.*” (ALBRECHT, Peter-Alexis. “El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”. In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada: Colmares, 2000, p. 487).

4.5 O *Populismo Punitivo*: o(a) direito(a) penal da esquerda punitiva e a política-penal dos direitos do homem

Já nos encontramos, pois, noutra terreno. As considerações supra assinalam a necessidade de renovar, dando mais fortes tintas ao alerta levantado por Karam sobre o fenômeno que ela chamou de “*esquerda punitiva*”. Por certo, não diz respeito especificamente às práticas legislativas, mas engrandece os próprios mecanismos interpretativos dos atores judiciais no confronto com questões de maior sensibilidade às demandas contra “os de cima”. Expliquemos melhor. Em linhas sintéticas, o que marca a dita *esquerda punitiva*, segundo a autora, é a “*reivindicação de extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal*”.⁷⁷⁹

Aspirações de grupos específicos, como os movimentos feminista e ecológico, foram ampliadas para a preocupação pela chamada criminalidade dourada, tocadamente, os abusos do poder político e econômico. Um furor persecutório, muitas vezes histérico e irracional, normalmente monopolizado pela direita na legitimação de forças reacionárias, acaba por reintroduzir o pior do autoritarismo em matéria penal. Nada menos porque, ao incentivar o rompimento com imprescindíveis liberdades fundamentais do Estado de Direito, no entusiasmo de atingir aqueles menos afetados pelo sistema penal, frequentemente não precebem que esta vulneração repercute, pela própria *seletividade* do sistema penal, exatamente sobre os “clientes” de sempre⁷⁸⁰ do sistema que sofrem cotidianamente a sua intensa ingerência.

As (nem tão) novas formações de uma tendência punitiva à esquerda, outra face da crença repressiva tradicional, apenas traz consigo o enfraquecimento dos direitos fundamentais.

*“Igualmente tentando legitimar o sistema penal, essa nova tendência encobre desejos punitivos sob a capa de uma leitura da Constituição e de uma necessidade de substituir as ideias liberais e individualistas sobre os direitos fundamentais com concepções que façam atuar os direitos sociais, daí extraíndo pretensas obrigações criminalizadoras, naquela ilusória perspectiva de fazer do sistema penal um suposto instrumento de transformação social ou emancipação dos oprimidos.”*⁷⁸¹

⁷⁷⁹ KARAM, Maria Lúcia. “A esquerda punitiva”. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996, p. 79.

⁷⁸⁰ BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 39.

⁷⁸¹ KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o Desejo da Liberdade e Conter o Poder Punitivo*, p. 04.

Muito próximo aos arautos neoliberais (estes com certeza menos iludidos), o que se alcança neste viés, no máximo, é a punição de um ou outro membro de algum estrato menos atingido – nos pouquíssimos casos em que conflitos hegemônicos permitem a derrubada de um ou outro responsável por fatos desta natureza, isto se dá em virtude de sua vulnerabilidade localizada numa relação de poder.⁷⁸² Contudo, o preço deste sacrifício é, ao fim, a terrível legitimação do sistema penal como um todo⁷⁸³, quer dizer, daquele mesmo mecanismo *repressor, estigmatizante* e fundamentalmente, *desigual-seletivo*.⁷⁸⁴

Olvidam que a excepcionalidade da atuação do sistema penal é de sua essência, além de esquecer peremptoriamente a perceptível funcionalidade de qualquer sistema penal em gerir diferencialmente as ilegalidades, quer dizer, não estando preocupado em

⁷⁸² Nunca é demais ressaltar o aspecto nada contingente, mas estrutural da *seletividade* do sistema penal e, sobretudo, a ilusão da *falta de cobertura* que tenta encobrir tal situação: “o poder punitivo criminaliza selecionando: a) as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais, e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (criminalização conforme o estereótipo); b) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornam vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.)(criminalização por comportamento grotesco ou trágico); c) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (criminalização devida à falta de cobertura). (...) O sistema penal opera, pois, em forma de filtro para acabar selecionando tais pessoas. Cada uma delas se acha em um certo estado de vulnerabilidade. (...) Os raríssimos casos de falta de cobertura servem para alimentar a ilusão de irrestrita mobilidade social vertical, configurando a outra face do mito de que qualquer pessoa pode ascender até a cúspide social a partir da própria base da pirâmide (self made man), e servem também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário.” Em síntese: “a imensa disparidade entre o programa de criminalização primária e suas possibilidades de realização como criminalização secundária obriga a segunda a uma seleção que, em regra, recai sobre fracassadas reiterações de empreendimentos ilícitos que insistem em seus fracassos, através dos papéis que o próprio poder punitivo lhes atribui ao reforçar sua associação com as características de certas pessoas mediante o estereótipo seletivo.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp. 49-51).

⁷⁸³ Olvidam a premissa: “(...) el poder punitivo es tan perverso que cuando uno legitima sólo una parte, desgraciadamente lo legitima todo y lo legitima sin límites” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La evolución del saber penal y sus contratiempos”. In: *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. CÓPPOLA, Patricia (comp.). Córdoba: Publicación del INECIP Córdoba, 2006, p. 70).

⁷⁸⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, pp. 24-26. O vasto manancial acerca do ponto fulcral sobre o sistema penal (e seu direito penal), ambos *desiguais*, é central em BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal*, pp. 159-170.

suplantar a criminalidade de qualquer natureza que seja. Seria aterrador e espantoso, desde que não víssemos sob esta lente de estudo, a tamanha prontidão de certos setores e forças políticas em fornecer adesão a uma engrenagem disposta a reproduzir desigualdade e sofrimento, ao que parece, por algum gozo momentâneo de reação punitiva canalizada noutra direção. Preocupados em certo tempo com alguma utopia de transformação social, parecem embarcar na contradição de pretender se utilizar de uma ferramenta que é parte do problema para a solução deste mesmo embróglio. Certo espectro de esquerda, sob um pragmatismo político hipócrita, anuncia novos inimigos para coesão social: agora “os de cima” – mesmas baterias, agora de sinal trocado. A despeito de incorporar ideais libertários, saber reconhecer e romper com qualquer forma de autoritarismo, acabam por servir de resguardo e revitalização do discurso mais reacionário da “direita penal” repressivista (claro, sob nova roupagem de defesa e realização do “verdadeiro” Estado Democrático de Direito). Aí o(a) direito(a) penal da esquerda punitiva. Aceitando a lógica da reação punitiva, amplia o poder de punir do Estado e acata, enfim, a dinâmica da violência e da exclusão aí incluída. Algum *desejo de liberdade* perdeu-se pelos meandros da *vontade de punir*.

A estampa da *seletividade* que carrega o sistema penal é inarredável. Como há muito já se aponta, o sistema penal opera como uma *epidemia*, afetando preferencialmente a quem tem suas defesas baixas⁷⁸⁵. Não é porque se tratam de estratos sociais superiores que se foge a esta dinâmica. Ela é o próprio dispositivo policial de governo da sociedade. Os tais escolhidos, agora dos andares superiores, serão igualmente chamados à baila como novos *bodes expiatórios*⁷⁸⁶. A *pornografia penal*⁷⁸⁷, sob a qual somos sensacionalmente submetidos com operações espetaculares (sempre batizadas com denominações *cool*, afinal um produto de marketing deve ser atrativo⁷⁸⁸),

⁷⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, pp. 159-165. Igual sentido em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “El sistema penal en los países de América Latina”. In: *Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel*. ARAÚJO JR., João Marcello de (org.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, pp. 221-236.

⁷⁸⁶ GIRARD, René. *A Violência e o Sagrado*. Tradução Martha Conceição Gambrini. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990, pp. 91-115.

⁷⁸⁷ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*, p. 09.

⁷⁸⁸ “Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o velho ou o de entre-guerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica displicentemente: é cool. É cool porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário.”

prisões temporárias e preventivas forçosas, não raro ao arrepio das próprias leis, conduzidas por varas especializadas em crimes de natureza financeira (como lavagem de dinheiro e outros, em combate ao crime organizado), não devem deixar passar a imagem de que o sistema é legítimo e menos seletivo. São as mesmas ações pretensamente redutoras da seletividade que operacionalizarão a punição dos cativos de sempre. Dirá uma voz alvissareira advinda do Ministério Público: “*O que ficará dessa ‘democratização’ da punição é um reforço do espírito punitivo, que confere vitalidade à Polícia, ao Ministério Público, aos Juízes e Tribunais e, num movimento circular, aos procedimentos seletivos que não morrem jamais.*”⁷⁸⁹

A *seletividade* ou propriamente a *desigualdade* do sistema penal não se configura, pois, num elemento a ser reduzido tendo em conta a sua própria aplicação. Necessário é reconhecer quando isto toma novos ares, escolhendo em determinados momentos pessoas que normalmente não constituem objeto do sistema penal. Refutará o discurso – sem uma dose de hipocrisia – asseverando que estaríamos, ao menos, reduzindo a desigualdade do sistema penal e passando a demonstrar que mais cedo ou mais tarde todos os estratos sociais são controlados. Ledo engano. *Seleção e punição* são indiscerníveis, abolir aquela implica a supressão desta. E a *ostensão* no combate à desigualdade apenas contribui para piorar o quadro, reafirmando os mecanismos de repressão. Carcerização “democrática”, não sem antes o Estado de Direito ser posto contra a Democracia.⁷⁹⁰ Esquece-se, doutro modo, que novos processos seletivos dar-se-ão internamente nestes novos alvos, sem afastar a contínua reprodução e recriação de espaços de exceção no interior do sistema penal. Sob o ponto de vista midiático, quiçá, o retorno é enorme, pois daria mostras de sua “efetiva” universalidade e igualdade – falsa manobra para conferir legitimidade à maquinaria penal. E quando a ênfase na cruzada aos criminosos (poderosos ou não) passa a ser “força-tarefa” de todos, não apenas entre Polícia-Ministério Público-Judiciário, mas do *povo como um sujeito*

(ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007, p. 69).

⁷⁸⁹ Ainda: “A *seletividade*, portanto, deve ser vista como um dispositivo essencial à funcionalidade e à gestão do sistema punitivo, fazendo com que as leis, o saber penal e as práticas judiciárias possam ser compreendidas não como componentes de um mundo à parte, em que imperam soberanos o Direito e a Justiça, mas como dispositivos policiais de governo da sociedade e controle das pessoas indesejáveis.” (MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Judiciário Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, pp. 15 e 271).

⁷⁹⁰ SANTORO, Emilio. *Cárcel y Sociedad Liberal*, p. 162.

*moral*⁷⁹¹, uma sociedade policialesca já não é mais ficção. Se aquilo que é solidamente construído desfaz-se no ar, quer dizer, passa-se o tempo e perece a memória das cenas espetaculares, contudo permanece a porta arrombada das garantias excepcionalizadas de então.

Importantíssimo frisar, em síntese, que tais sintomas da dita esquerda democrática têm frutos comuns – quem sabe pode até traduzir-se em plataforma política ordinária – com partidos de estruturas políticas tão distantes, num sentido da formação de alguma *identidade* política similar, algo *como se* fosse um novo mecanismo de “subjetivação” partidária. Nota-se muito a derivação dos esquemas punitivos e seus populismos dos ditos recantos conservadores ou neoliberais. Entretanto, deslocar o foco e avizinhar o quanto pode o discurso de “emancipação” conter inversores de autoritarismo penal pode tornar-se mais precioso.

Isto, de outra forma, criminologicamente falando, é parte do inventário (para não dizer restolho) da herança⁷⁹² de certa *criminologia crítica*⁷⁹³, desatenta a seus próprios “anúncios de incêndio”⁷⁹⁴. O “paradigma da nova criminalização”⁷⁹⁵, resultado da crítica ao direito penal como “instrumento de classe”, pode ser retratado como vimos, ao menos em terras brasileiras, via Constituição, desde a década de 90. Na hipótese de dividirmos em duas vertentes as direções dos resultados da crítica da criminologia crítica⁷⁹⁶, poderíamos ter, de um lado, devido ao caráter de classe atribuído ao direito penal, concluir plenamente pelo seu rechaço. De outro, mais adequado às raízes destes movimentos punitivos de esquerda, teríamos a exigência de aplicação igualitária do mesmo. Este setor permanecerá fiel ao espírito desta e trata de inverter o uso do direito penal como maneira adicional para proteger o interesse dos débeis. Consigna ainda a

⁷⁹¹ FOUCAULT, Michel. “Entrevista sobre a Prisão: o Livro e o Seu Método”. In: *Estratégias, poder-saber*. Coleção Ditos e Escritos IV, p. 163.

⁷⁹² Sobre as atuais conjecturas do saber criminológico no horizonte crítico, cf. SOZZO, Máximo (coord.). *Reconstruyendo las criminologias críticas*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

⁷⁹³ Baratta assume a necessidade, como estratégia dentro de uma *política criminal alternativa* inerente à *criminologia crítica*, de ampliação e “*reforço da tutela penal, em áreas de interesse para a vida dos indivíduos e da comunidade: a saúde, a segurança do trabalho, a integridade ecológica etc. Trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos do Estado, da grande criminalidade organizada.*” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal*, p 202).

⁷⁹⁴ Tons benjaminianos, parafraseando Michael Löwy em *Walter Benjamin: aviso de incêndio: Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”*. Tradução Wanda Nogueira Caldeira Brant. Tradução das teses Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

⁷⁹⁵ COHEN, Stanley. *Visions of Social Control*, pp. 254-260.

⁷⁹⁶ LARRAURI, Elena. *La Herencia de La Criminologia Crítica*, pp. 223-224.

criminalização e a utilização do direito penal propriamente para proteger e castigar as vulnerações aos direitos humanos, novamente servindo-se da sua própria inversão para sua suposta proteção. Antes, descriminalizar porque o direito penal nos ataca, agora, criminalizar porque o direito penal nos protege? Ao fundo, o que havia na crítica neste ponto era um repúdio, não ao direito penal em si, mas à forma que ele estava sendo utilizado. A ironia posta: o conceito de direitos humanos servindo para ampliar a criminalização, exatamente por setores dos movimentos progressistas que criticavam o funcionamento do sistema penal.

Não deixam de ser novos *empresários morais (moral entrepreneurs)*⁷⁹⁷ que defendem o investimento na tão questionável e antes atacada *função simbólica* do direito penal⁷⁹⁸, tida agora como positiva. Difundem, de certa forma, o discurso hegemônico do direito penal como meio de defesa ao coligarem-se com as instâncias de controle. Dirá Larrauri: “*a estos nuevos movimientos no se les escapa la (doble) paradoja de que la ampliación de la criminalización se debiese, precisamente, a las mismas fuerzas opuestas a la criminalización, y que movimientos normalmente contestatarios con el Estado acudiesen ahora a éste en busca de ayuda e intervención.*”⁷⁹⁹ Não somente ao recorrer à ajuda penal, mas, sobretudo, por se desviarem do foco correto, ignoram uma revitimização – pela renormatização da situação conflitiva – dos mesmos alvos de proteção (por exemplo, a mulheres e a proteção ao meio ambiente), precisamente por desviar os esforços para soluções mais eficazes, além de acabar por pulverizar certa mobilização cabível em torno destas questões por pensá-las já no terreno da resposta penal.⁸⁰⁰ O sistema penal não alivia os sofrimentos, senão, quando muito, os substitui por ressentimento, recalque ou outro

⁷⁹⁷ BECKER, Howard S.. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*. New York/London: The Free Press/Collier-Macmillan Limited, 1963, pp. 147-162.

⁷⁹⁸ Cf. para um exame sobre a dissuasão não pela intimidação, mas focada mesmo, profundamente, sobre os efeitos “positivos” via valorização *simbólica* e visando à produção de *consenso*: KERCHOVE, Michel Van de. “¿Están hechas las leyes penales fueron hechas para ser aplicadas? Reflexiones sobre los fenómenos de disociación entre la validez formal y la efetividad de las normas jurídicas”. In: *Elementos para una teoría crítica del derecho*. OST, François; KERCHOVE, Michel van de. Traducción Pedro Lamas. Bogotá: Universidad Nacional da Colombia, 2001, pp. 208-233. Em sentido crítico, ver BARATTA, Alessandro. “Integración-prevención”. In: *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006, pp. 01-30.

⁷⁹⁹ LARRAURI, Elena. *La Herencia de La Criminología Crítica*, p. 218.

⁸⁰⁰ Sobre o mito de que “renormatizar é resolver”, cegos que este recurso a uma seleção vitimizante é um dos principais métodos para as agências do poder punitivo obterem prestígio e clientela, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp. 54-56.

mecanismo que não tardará a ser canalizado na produção de maior dor. Ele manipula as dores, viabilizando a legitimação do exercício ainda mais violento, incentivando os mais perversos sentimentos de vingança. Eis o seu escândalo, o qual nunca cessa de encarnar.

Perceptível que nosso argumento enverga para posição diferente. Naturalmente, não há porque ignorar os enormes avanços de uma vertente, digamos, mais original, da criminologia crítica: acertado afirmar que o direito penal pode ser acusado de proteger fundamentalmente interesses dos poderosos, e que é usado desproporcionalmente contra setores sociais mais vulneráveis; correto empreender uma transformação radical para evitar mais sofrimento, todavia o seu uso no melhor dos casos é ineficaz para resolver os conflitos sociais, servindo, sim, para aumentar o mal produzido e suspender o conflito ao invés de resolvê-lo. Estigmatiza o sujeito, oferece falsas soluções e em nada satisfaz a própria vítima. A linha de discussão deve trazer consigo o rechaço completo do direito penal, no sentido como vimos no início do apartado, como forma de prevenir castigos ou delitos. E nisto nada renuncia preliminarmente em tomar a sério os problemas levantados pelas demandas sociais.

Antecipando eventual contraponto, excluída nesta visão está, por outra parte, tal já escrevemos, o pressuposto do castigo, em nada elidindo a presença de garantias procedimentais. Não se assume outro sentido à ciência penal senão para a fixação de garantias, o que com isso não se argui é a premência de vê-las coligadas ao fim com a *pena*, de alguma forma legitimada. O endosso que não se supõe é a necessidade do castigo e sim a submissão do *potestas puniendi* ao controle jurídico (o processo penal é uma destas vias), não comportando a aceitação deste modelo punitivo.⁸⁰¹

⁸⁰¹ Em sentido análogo, LARRAURI, Elena. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, p. 35. Não se trata de contrapor e distanciar *garantismo* de *abolicionismo*, muito pelo contrário. É num escrito de Ferrajoli, em 1977, muito antes do sistemático e denso *capolavoro* de 1989 (*Diritto e ragione*), juntamente com Danilo Zolo, que uma estratégia lúcida poderia ser antevista e já atenta às tentações da cultura política de esquerda em matéria criminal: “(...) *la hipótesis estratégica expuesta se complementa con la ya anticipada, de la progresiva reducción de la esfera de intervención penal como instrumento de defensa y de control social.*” O que não significa de maneira alguma para os autores, portanto, “*abandonar la forma jurídica del control y del tratamiento penal, sino sobre todo suprimir, o por lo menos reducir cuantitativamente la esfera misma de la intervención penal. Con esto tratamos de tomar clara y decisiva posición contra las tentaciones antiformalistas y antigarantistas en que demasiado a menudo ha caído la teoría jurídica post-marxiana y que, presentes todavía hoy en la cultura política de la izquierda, no son sino el replanteamiento de viejos y funestos modelos de legalidad estalinista (...). Estas tentaciones deben ser firmemente rechazadas (...). La pena, cualquiera que sea, incluso la más ‘dulce’ y la más ‘humana’, debe ser tratada como lo que es: como una violencia institucional que no vale revestir de finalidades humanitarias y falsamente*

O agigantamento do poder punitivo, via o caldo inquisitorial presente permanentemente nos operadores do sistema em geral, quanto mais auxiliada à esquerda pelo sopro de legalidade constitucional, permite classificar nossa democracia, em alguma medida, como representante de um “autoritarismo *cool*”⁸⁰². Contudo, as supostas obrigações criminalizadoras, derivadas de uma leitura da Constituição, podem não ser, em muitos casos, mais que uma distorção. A proteção de bens jurídicos é condição necessária, mas não suficiente para legitimar a proibição penal.⁸⁰³ Partindo da premissa de que o sistema penal só atua negativamente, ou seja, manifestando-se de forma imprópria na tutela, proteção ou evitação das condutas que criminaliza, torna-se contraditório que seja, ao mesmo tempo, instrumento de atuação positiva. Ou seja, o sistema penal não é mecanismo hábil para a proteção dos direitos fundamentais, senão em sede individual – daí, sim, a genuína “tutela penal”. Sendo assim, as ordenações presentes no artigo 5º da Constituição da República, manancial donde irá se retirar enorme parte da *constituição penal* que possuímos, impõem a intervenção estatal, todavia no sentido de criar condições materiais, econômicas, sociais e políticas para a efetivação daqueles direitos fundamentais, e não em sede criminalizante. Vez mais, neste sentido, escorrega o discurso legitimante dito de esquerda.⁸⁰⁴

asistenciales, sino que debe ser simplemente suprimida o reducida (...). Para el supuesto de que tenga lugar la extinción del derecho penal, y en la medida en que se de, tendrá que ser por consiguiente una extinción – o una reducción – de la interevención penal en cuanto tal, y no de su forma jurídica.” Em suma, nada se trata de menoscabo às garantias formais previstas no processo penal e no direito penal em si: “*el abandono o la disminución de estas garantías significaría en efecto, en nombre de un nuevo mito de sociedad buena, perfecta y autoregulada, abrir el camino a todo arbitrio posible y retroceder a formas pre-modernas (...) del derecho penal.*” (FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo. “Marxismo y cuestión criminal”. In: *Democracia Autoritaria y Capitalismo Maduro*. FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo. Prólogo y Traducción Perfecto Ibáñez. Barcelona: Ediciones 2001, s.d., pp. 118-120).

⁸⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*, pp. 70-81.

⁸⁰³ Cf. STAECHELIN, Gregor. “¿Es Compatible la «Prohibición de Infraprotección» con una Concepción Liberal del Derecho Penal?”. In: *La insostenible situación del Derecho Penal*, pp. 289-304.

⁸⁰⁴ Por óbvio, que não em todos os casos a rede repressiva por aí seria contida. Mesmo com esta ressalva da criminalização desnecessária, ainda assim no texto constitucional brasileiro permaneceria, por exemplo, a previsão de imprescritibilidade e inafiançabilidade de alguns crimes (“racismo” no XLII e “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” no XLIV, ambos do art. 5º); a “pena de morte” em caso de guerra declarada (XLVII alínea *a*). Sem falar na previsão da categoria de “crimes hediondos” definida em sede constitucional (XLIII) e ampliada indevidamente no patamar infraconstitucional, de enorme caráter mandamental criminalizador. Incontestável, por fim ainda, a direta ordenação à *punição severa* insculpida quanto à proteção da criança e do adolescente: “*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*” (art. 227 § 4º). Mesmo o patamar constitucional ignora a ineficácia do sistema

Há uma constante profunda que, não obstante, emerge como sintoma de fundo no ambiente político, em alguma medida, nominado por Salas como *vontade de punir*. Aqui reúnem-se naturalmente, muito além dos atores jurídicos envolvidos na questão criminal, uma amálgama muito mais difusa e alargada. Um fervor punitivo invade as sociedades democráticas para além dos palácios de justiça – com a ajuda deles e também de certa parte da esquerda, em nome de uma devoção às “vítimas”. Aquele juiz envolvido antes, pela inépcia estatal, com as demandas de judicialização atinentes a direitos básicos de cidadania, é alçado agora ao posto de ator político por excelência em termos criminais: Os juízes, agora, “*só são visíveis de vermelho*”.⁸⁰⁵ Num invólucro social inundado pelo risco, onde a gestão dos perigos tornou-se fundamental e a demonização do outro tem lugar cativo, a latência do estado vitimário canaliza o *populismo penal*. Resumida a tríade conformadora deste estado de coisas a partir de, como descreve Salas: uma *polícia forte*, uma *magistratura disciplinadora* e um *direito de exceção* sempre pronto a atuar. Assim, o centro da interrogação sobre o *populismo penal* teve ter em conta a figura que encarna violentamente a colisão dos anseios de punição: papel este desempenhado pela *vítima*:

“Loin d’être l’apanage des partis extrêmes, il caractérise tout discours qui appelle à punir au nom des victimes bafouées et contre des institutions disqualifiées. Il naît de la recontre d’une pathologie de la représentation et d’une pathologie de l’accusation: réduite à une communauté d’émotions, la société démocratique «sur-réagit» aux agressions réelles ou supposées, au risque de basculer dans une escalade de

penal, investe nele em algum momento, mesmo quando as previsões protetivas não façam a ele menção, senão através da ânsia punitiva dos atores legislativos envolvidos.

⁸⁰⁵ A justiça só interessará ao público em sua forma ajuda, lá onde há crime, tribunal criminal, jogo da vida e da morte. Talvez isto possa ser explicado por um duplo movimento identificado por Foucault. A justiça envelopada por uma “administração” equiparável ao demais poderes do Estado sofreu um duplo movimento, segundo ele, para frente e para trás: deixa escapar todo um domínio, cada vez maior, de negócios que se regulam atrás de si (como as contendas no plano econômico) e, além do mais, desvia-se, profundamente, das funções “sociais” de cuidado cotidiano (FOUCAULT, Michel. “O Limão e o Leite”, p. 237). Por certo que ela não deve se portar apenas como uma fortaleza (ainda que o acesso a ela possa por vezes isto representar), mas é irônico que ela seja *flexível*, permeável, transparente. Já falamos que em seus terrenos é a organização da desordem que produz efeitos úteis. No mecanismo judiciário que vela por nós, a desordem produz a ordem. De três maneiras dirá o autor: produz “irregularidades aceitáveis” ao abrigo das quais nos achamos numa tolerância consentida por todos; produz “dissimetrias utilizáveis”, assegurando, a alguns, vantagens que não têm outros que as desconhecem ou não podem tê-las; enfim, sobremaneira, produz aquilo de mais alto valor nas civilizações como a nossa – a ordem social. Faz pensar Foucault – não sem enormes ressonâncias de Kafka –, afinal, o retrato do aparelho judiciário como uma destas maquinarias de Jean Tinguely, “*cheias de rodagens impossíveis, de lâminas que nada arrastam e engrenagens que fingem: todas as coisas que não funcionam fazem com que isso ande*.” (FOUCAULT, Michel. “O Limão e o Leite”, pp. 238-239).

la violence et de la contre-violence. Toute hésitation serait l'indice d'une faiblesse. Tout prudence, une marque de complaisance.”⁸⁰⁶

Nesta patologia, não se quer autoridades fracas, qualquer complacência ao crime, já que a segurança tornou-se direito absoluto, vai imediatamente ao encontro do “público”. A moderação não condiz com a exacerbação da reação social, daí o profundo déficit – para não dizer paralisia – da *mediação* imposto(a) às instituições democráticas. É neste momento, em que a própria democracia é exposta a estas ameaças, que se julga pôr à prova os seus próprios fundamentos.

Interessante sistematizarmos com alguma força em pontos-chave este movimento. Analisamos que a ascensão de uma sociedade securitária invade as práticas, com certo protagonismo, pelo menos no ocidente a partir pelos anos 70. Tomada como tema central do discurso político como tal, a (in)segurança e sua retórica da guerra (que confunde a segurança interna e externa) atrai não somente os discursos de direita (que lá sempre estiveram: em tempos de bonança, com seu discurso politicamente correto, mas que em tempos áridos darão as tintas do canal acessível à repressão – xenofobia, terrorismo⁸⁰⁷, crimes sexuais, drogas etc.), nem somente os dirigentes políticos como, ademais, determinados a lutar contra a impunidade e a igualdade frente à lei, o *ativismo* judicial ganha o espaço público, agora como ferramenta de combate à criminalidade. O *populismo penal* torna-se claramente uma componente forte da vida democrática. Um “direito de punir” puramente repressivo, conjugado a uma *democracia de opinião* (efervescente), é meramente uma pequena amostra das promessas atrativas (aos eleitores) deste discurso político de emoção midiática. Sua *irrupção* passa a ter três elementos fundamentais: punições radicais; com a total indiferença quanto a qualquer eficácia destas políticas (pois vale o impacto que produz sobre a opinião pública-da) e a legislação rigorosa que promete reduzir a criminalidade.⁸⁰⁸

É tempo das vítimas. O primeiro plano do combate e da punição é instalado por um *imaginário vitimizador* e torna fértil o terreno para a figura do vingador, precisamente da “*vítima acusadora*”. Poderá se arriscar que a vítima de ontem tornou-

⁸⁰⁶ SALAS, Denis. *La Volonté de Punir*, pp. 12 e 14.

⁸⁰⁷ Sobre as repaginações das incidências nocivas ao sistema acusatório, agora sobre a égide da categoria do *terrorismo* e suas aderências ao discurso penal e processual penal, conferir o profundo estudo de GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords.). *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

⁸⁰⁸ SALAS, Denis. *La Volonté de Punir*, p. 57.

se o persecutor de hoje? A diabolização do adversário é apenas a contraface da retórica do mártir e da luta contra o mal. A dramaturgia da cena penal vem bem a calhar a este apartamento radical entre raiva e pena. O combate do bem contra o mal numa degradada democracia dos indivíduos exaspera o retorno vitimário e coloca, em especial o momento do processo penal, naquilo que se poderia chamar de “*democracia dos queixosos*”⁸⁰⁹. As cruzadas morais e populistas rompem qualquer equilíbrio que poderia haver entre a força e forma que constitui o Estado de Direito. Algo como se, reabilitada a parte irracional do poder, houvesse o mergulho vertiginoso na violência originária que inaugura propriamente o ente estatal. Neste ponto crítico os papéis de vítimas e carrascos tornam-se intercambiáveis.

Para Packer, segundo um esquema clássico, o aparelho judicial pode operar como uma linha de montagem (*assembly line*) ao supor dois níveis para funcionar: inicialmente, o *controle do crime (crime control)* capitaneado pela polícia e pelo Ministério Público, e, o outro, relativo ao respeito às regras de direito (*due process*), sob a autoridade do juiz. Em verdade, seriam mais propriamente *dois modelos normativos*⁸¹⁰ de processos criminais que nos levariam a perceber uma antinomia no coração da justiça criminal. O primeiro é uma cadeia (literalmente) responsável, programada e preparada para transformar um suspeito em condenado, enquanto a segunda coloca-se como um obstáculo neste percurso, que faz da proteção ao acusado um valor central.⁸¹¹ O sistema repressivo, cada vez mais, impregnado pela ideologia do “*just deserts*”, tem sido encampado e agenciado pela justiça penal em detrimento da segunda, exatamente para dar credibilidade à instituição. Impondo-se o corolário do paradigma da *eficiência*, por um lado, este valor age principalmente sobre a pequena criminalidade com uma série de dispositivos que pragmaticamente pleiteiam a culpabilidade do réu (viabilizados no caso brasileiro pela deturpação negocial dos *juizados especiais criminais* e pelo instituto da

⁸⁰⁹ SALAS, Denis. *La Volonté de Punir*, pp. 84 e 90.

⁸¹⁰ PACKER, Herbert L. *Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968, p. 153: “*Two models of the criminal process will let us perceive the normative antinomy at the heart of the criminal law. These models are not labeled Is and Ought, nor are they to be taken in that sense. Rather, they represent an attempt to abstract two separate value systems that compete for priority in the operation of the criminal process. Neither is presented as either corresponding to reality or representing the ideal to the exclusion of the other. The two models merely afford a convenient way to talk about the operation of a process whose day-to-day functioning involves a constant series of minute adjustments between the competing demands of two values systems and whose normative future likewise involves a series of resolutions of the tensions between competing claims.*”

⁸¹¹ PACKER, Herbert L. *Limits of the Criminal Sanction*, pp. 154-173.

*transação penal*⁸¹²); doutro aspecto, quanto à criminalidade “graúda”, aí há o processo penal de exceção, não penas com ritos especiais; mas, sobretudo, com a possibilidade permanente e geral do rompimento da regra mediante a própria previsão aberta da legislação.

A paixão por punir, alimentada pelo populismo penal, é imposta, sobretudo, pelo *afeto*. Quebra-se qualquer olhar compreensível quanto ao acusado, na medida em que a indignação coletiva relega este olhar ao mal personificado. Mas de que forma se pode resistir à fragilização que se abate sobre as democracias por estarem envolvidas nesta *ostensão penal*? Como manter à distância a embriaguez (*alucinação*) de uma demagógica comunidade de emoção? O perigo advém propriamente, revelado em irracionalidade, através da melhor justificativa democrática possível: *os direitos do homem*, ou seja, da formação de uma política penal dos direitos do homem? A desnaturação de sua função de limitar o exercício punitivo é o arquétipo anunciado de sua própria corrosão.

A injunção repressiva que condena à multiplicação de incriminações reforçando além do ativismo legislativo e policial, a esfera judicial, visando a (estéril) proteção dos direitos do homem, não raro equivale a expor a uma ilusória proteção pelo reforço do *interdito*. Quando se perdeu a *referência*, a infrutífera reiteração da instância legal (criminalizante) apenas denuncia a falência de sua *autoridade*. Lança-se mão do triunfo (ou consolo?) em matéria penal tal como os aliados criam na ilusória “Linha Maginot”⁸¹³, como meio de resguardo ao avanço nazista. A ofensiva de um moralismo punitivo parece ter optado pela explícita escolha da expressão dos valores próprios ao risco de uma total indiferença aos direitos dos infratores.

Deparamo-nos com uma *democracia jogada contra ela mesma*, onde o retorno das exigências de controle, segurança e punição avançam triunfantes sobre os próprios direitos pessoais. Na medida em que *os direitos do homem tornam-se uma política*, acrescentaríamos à expressão de Marcel Gauchet⁸¹⁴ o termo *penal*, percebe-se uma

⁸¹² Cf. PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁸¹³ Metáfora utilizada por PIRES, Alvaro Penna. “La ligne Maginot en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince”. In: *Revue de droit pénal et de criminologie* a.81 n.2. (févr. 2001), Bruxelles, pp. 145-170.

⁸¹⁴ Cf. GAUCHET, Marcel. *A Democracia contra ela mesma*. Tradução Sílvia Batista de Paula. São Paulo: Radical Livros, 2009, pp. 360 e 38. Não se desconhece que se tratava já na década de setenta de um problema corrente e comum também a outros autores antes, como Lefort. A ponto

deriva fundamentalista conduzida pela inversão dos direitos do homem pelo *excesso*. *Uma esquerda fora da esquerda*, parafraseando o autor francês.

Os efeitos penais de uma política de repressão e criminalização, fundada na proteção de direitos fundamentais, são sinais experimentados dentro das desconcertantes faces da nova democracia, identificáveis pelo menos desde o pós-guerra e com apogeu ao menos a partir dos anos 70/80. O que, em terras brasileiras, teve reflexos, não se pode desconhecer, profundos no texto constitucional. Uma democracia triunfante agora retorna – e o caso brasileiro também como vimos é de exemplaridade ímpar – num ativismo penal em nome de seus próprios valores supremos, sorrateiramente implodindo suas próprias bases. A afirmação levantada em 1980 de que *os direitos dos homens não são uma política* e reafirmada depois em 2000, relida, pode denunciar precisamente um inverso ameaçador que se espreita na emancipação do homem desde a esfera de seus direitos: a *alienação coletiva* tende a se multiplicar. Daí se deflui o reforço do papel estatal – que em matéria de controle penal já o definimos à exaustão –, além do aprofundamento do anonimato social, e sem falar no agravamento do desinteresse pela coisa pública. Quer dizer, os direitos dos homens não poderão ser uma política, senão sob a condição de saber reconhecer e superar a dinâmica alienante do individualismo que veiculam naturalmente.⁸¹⁵

da revista *Espirit* organizar um encontro ao final da década sobre o tema: “Os direitos do homem são uma política?”. Cf. LEFORT, Claude. “Direitos do homem e política”. In: *A Invenção Democrática: Os limites da dominação totalitária*. Coleção Invenções Democráticas (Volume III). 3ª edição revista, atualizada; inclui textos inéditos. Tradução Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. Apresentação Marilena Chauí. Belo Horizonte: Autêntica, 2011, pp. 59-86.

⁸¹⁵ GAUCHET, Marcel. *A Democracia contra ela mesma*, pp. 53-54. Aqui é importante pontuar que damos por adquirido a superação da concepção, que em algum momento permeia a tese de Gauchet, de, não raro, restringir a concepção de direitos do homem a sua face individual. O alerta a uma certa “*captura pela ideologia burguesa dos direitos do homem*” já era feita na mesma época por Lefort, ressaltando justamente a *cegueira* perante os direitos do homem segundo certa leitura de esquerda, impotente em conceber os direitos do homem a não ser como direitos do indivíduo. Tal é a explicação para a cegueira desta estirpe – a saber, incapaz de reconhecer neles uma aquisição irreversível do pensamento político – diante do *totalitarismo*, pois qualquer violação aos direitos do homem seria apenas uma violação de direitos individuais, de direitos que não seriam “políticos”, sendo assim possível demonstrar que os erros de governo de que foram vítimas milhões de indivíduos não autorizariam pôr em causa a natureza de um Estado, já que distinta da natureza dos indivíduos. Deste modo, uma crítica dos direitos do homem enquanto crítica de uma sociedade do egoísmo perde a visão clara da mutação do político que se operou para além das fronteiras do Estado de direito, noutros termos, por exemplo, de ver um ganho irretorquível na fórmula expressa em “todo homem é considerado inocente até que tenha sido declarado culpado” (LEFORT, Claude. “Direitos do homem e política”, pp. 62-63 e 69-71).

A consagração dos direitos do homem como fato ideológico e político maior nos últimos tempos não deve perder de vista o fato de que, ao serem postos como epicentro das democracias, podem tornar-se a mola de sua dificuldade em ser política.⁸¹⁶ Maior prova disso é a sua expressão penal criminalizadora. O argumento de Gauchet nos auxilia a pensar com outra valência a indagação sobre o problema da cultura penal. A partir do enfoque construído até agora, somos conduzidos a aceitar a ideia de que tal plataforma – a canalização das *demandas* de proteção dos direitos humanos para o viés penal e toda a visão punitiva e *populista* de seus atores aí implicada –, apresenta-se como mais uma variável da impotência coletiva em tornar estes direitos uma medida de ação política concreta para além da estéril aposta penal.

Quando a democracia não é mais contestada, triunfa no sentido da consagração inerte dos direitos que assinala, desprezando alguma consideração social-histórica – diagnóstico de Gauchet –, as contradições práticas começam a aparecer. Esvazia-se de sua substância interna e inclusive de seu poder de governar. Ademais, isto pode assinalar certa perda de força, nesta nova conjuntura, dos discursos políticos e sociais, absorvidos por estes mesmos princípios, que deixam de oxigenar a própria democracia. Em matéria penal, poderá isto ser mais claro quando o tom monocórdio dos discursos de expansão do poder punitivo assemelham-se à leste ou à oeste?

Quando eles tornam-se *crença* ou constituem-se puro *ato de fé ideológico*, a demagogia ganha, a passos largos, enorme espaço. Em razão destes direitos terem a eficácia de preencher um vazio e poderem ser uma poderosa alavanca de transformação do futuro na falta de grande visão sobre o porvir. Mas há uma ressalva: ao fazê-lo, “*não dizem nada acerca dos motivos que fazem as coisas serem como elas são*”, entregando-se freneticamente às ideias sobre os meios de modificá-las. O que isso quer dizer? Há uma séria desqualificação na busca por explicações – afinal, procurar saber, neste diapasão, é compactuar com o inaceitável. Pensando em termos de política criminal, não raciocinar na defesa da urgente criminalização, no inchamento do Estado na persecução

⁸¹⁶ A questão no plano europeu pode muito bem ser colocada diante da dificuldade da construção de uma *ideia de Europa*. Escala continental em avançado processo de cooperação institucionalizada que consegue sintetizar em termos avançados a problemática de uma metamorfose inacaba que “*induz e conduz a uma redefinição dos conceitos de universalidade, de particularidade, de nacionalidade e de cidadania.*” (Cf. profundamente em RIBEIRO, Maria Manuela Tavares. *A Ideia de Europa: Uma perspectiva histórica*. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 80).

penal e na punição severa, é ser contra algo que deve ser feito imediatamente e cúmplice deste crime.⁸¹⁷

Dá-se o enfraquecimento do coletivo via suposta afirmação individual, quer dizer, o reino do *indivíduo na sociedade* em detrimento da *sociedade do indivíduo* – se é que ambos podem ser separados e não já representam o problema de fundo na questão. Independente disto, no campo do mecanismo político propriamente dito, os direitos do homem como promessa de poder transformam-se em desposseção sob o efeito da libertação das particularidades na qual se traduz. Particularidades canalizadas no poder de punir assinalam o completo esvaziamento de seus ideais sob o manto de uma suposta proteção emancipatória. Se eles podem afirmar as bases sobre as quais estamos reunidos, pouco oferecem, entretanto, a pensar a fabricação efetiva do ser-em-conjunto, e por este déficit acabam abrindo espaço para a reprodução impotente, permitida pelas recaídas no *excesso* de poder penal. Fica a nosso cargo saber se é isto que queremos: mergulhar na *vertigem* de uma degradação íntima da democracia atestada por estas tentações autodestrutivas.⁸¹⁸

Desta forma, o ardor militante tende a desarticular qualquer aliança entre um pensamento de justiça daquele dos direitos da pessoa, passando, no momento, as reivindicações de justiça a se identificar com as representações das vítimas. Em suma, o sistema protetivo dos direitos humanos acaba invertendo-se e contradizendo seus

⁸¹⁷ GAUCHET, Marcel. *A Democracia contra ela mesma*, pp. 340-341. Surge uma espécie de novo maquiavelismo em primeiro plano nas democracias. Aquele do bem, “*dedicado à celebração do homem e do direito, destinado ao ministério das justas causas e dos bons sentimentos, sem deixar de testemunhar sua humanidade, sua compaixão com as vítimas, sua preocupação com as mazelas do mundo.*” Eles remetem a uma separação entre o ideal e o real que os governos agora se ocupam, correndo o risco de eles mesmos tornarem-se bodes expiatórios da resistência do real ao ideal. A passagem à ideologia consensual é uma fuga da era dos afrontamentos, um acordo feito em torno dos direitos que conduz a uma “*despolitização dos meios*” que beneficia os poderes que, nesta nova arte política, são seus meros executores. Por isso a precariedade de toda posição de poder no cerne de nossos regimes apaziguados. Uma expectativa, necessariamente frustrada, será o cerne de nossa política: “*a democracia do consenso é uma democracia descontente.*” Neste novo regime das convicções, ainda, apenas haverá lugar para a apreciação das intenções. Ao poder, como vetor do possível, bastará uma “*política das intenções*”, da boa vontade generosa, indiferente ao desmentido do real. Não obstante, isto torna imunes os promotores, indiferente às consequências de suas disposições. Neste ponto, sobretudo, o problema já haverá sido ressentido e não mais atribuível a alguém em particular. Uma promessa de poder, de realização dos direitos do homem, acaba por tornar-se uma potência ininteligível, ou seja, o túmulo da política. (GAUCHET, Marcel. *A Democracia contra ela mesma*, pp. 348-350).

⁸¹⁸ GAUCHET, Marcel. *A Democracia contra ela mesma*, pp. 360-365.

próprios princípios.⁸¹⁹ Sob o manto da política penal, transformam-se em excelentes narcóticos que visam a compensar os difusos males sociais. Mais diretamente, a *inversão ideológica*⁸²⁰ dos direitos humanos se instaura diante da identificação de sua

⁸¹⁹ Em matéria penal, sobre o assunto, PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*.

Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, pp. 103-115. Ainda, a retórica atualizada do próprio garantismo tem servido à semelhante prática de inversão discursiva que oferecem arejadas (re)configurações da mesma nauseante senda (re)legitimadora do sistema penal, alheia ao enfraquecimento da própria democracia. Basta dizer que tal se resume desde acepções como “garantismo positivo”, “garantismo penal integral” ou ainda “direito penal minimamente necessário” ou outras mais profundamente representadas por estruturas do neoconstitucionalismo em matéria penal ancoradas na “proibição por defeito ou por insuficiência de proteção” (*Untermassverbot*), que – estranhamente, devido à tamanha profundidade das análises hermenêuticas presentes – aduzem a criminalização e o esgarçar do poder penal, como vimos, perdendo de vista que qualquer controle deste tipo deve pressupor a verificação se a proteção satisfaz as exigências de sua eficiência (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 273), o que em se tratando de sistema penal implica ignorar infundável manancial criminológico a respeito. Cabe pôr, não obstante, quanto à problemática do bem jurídico, as palavras de Gregor Staechlin: “*el enfoque unilateral centrado en el pensamiento de la seguridad que se refleja en el postulado de la prohibición de infraprotección encuentra su parangón en el abuso del principio de protección de bienes jurídicos. La figura de la prohibición de infraprotección soslaya reflexiones legislativas necesarias. La función que se atribuye al Derecho penal desde el pensamiento unilateral de la seguridad no es compatible con el concepto liberal de Derecho penal que se ha esbozado. Parece urgente salir al paso del discurso de la política-criminal práctica para reclamar que se vuelva a plantear un tratamiento orientado a principios del sistema de Justicia criminal que tome en serio la dignidad y la libertad de la persona.*” (STAECHELIN, Gregor. “¿Es Compatible la «Prohibición de Infraprotección» con una Concepción Liberal del Derecho Penal?, p. 304). Ademais, sobre a elucidativa abordagem do tema no panorama latino americano ver ABAD, Iván Orozco; ALBARELLO, Juan Gabriel Gómez. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999 e BIZZOTTO, Alexandre. *A Inversão Ideológica do Discurso Garantista: A Subversão da Finalidade das Normas Constitucionais de Conteúdo Limitativo para a Ampliação do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. De maneira mais aguda, a inversão ideológica dos discursos protetivos, seja ele na esfera penal mais localizadamente ou mesmo no âmbito ampliado dos direitos humanos em si não é assunto novo, é de larga história. Quiçá se poderá dizer que a história dos direitos humanos seja a própria história de sua violação, da mesma maneira que o poder punitivo, na medida em que atribui um alvo ou objeto ao longo dos tempos a ser perseguido sob o argumento do bem comum, da ordem e da defesa social – discurso contra o inimigo – ou qualquer outro termo localizado no grau zero de escrita (cf. BARTHES, Roland. *O grau zero de escrita*. Tradução Maria Margarida Barbahona. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 22), não seja a própria versão expressa da lógica totalitária da “bondade dos bons” permanentemente atualizada. Enfim, ambos estão no mesmo espectro, não por contingência, mas porque assumem para si o mesmo “imperativo categórico”, que será, ao fim e ao cabo, o mesmo de toda ação política: transformar a violação destes mesmos direitos protegidos em seu registro máximo.

⁸²⁰ “*Los derechos humanos se transformaron en una agresividad humanitaria: violar los derechos humanos de aquellos que los violan. Detrás de esto hay otra convicción según la cual quien viola derechos humanos es transformado en un monstruo, en una bestia salvaje, que se puede eliminar sin que haya la más mínima cuestión de derechos humanos. Pierde hasta el carácter de ser humano. La relación es como aquella entre San Jorge y el dragón. La responsabilidad por el aniquilamiento la tiene quien es aniquilado. Quien aniquila, en cambio, tiene el poder e igualmente el honor de respetar los derechos humanos. Es el prócer de los derechos humanos, y la sangre que vierte, lo purifica. (...) Esta es la inversión de los derechos*

“política” com a imposição de poder e se transforma no suporte mais forte das políticas securitárias.

São as instituições de justiça, mais que qualquer outra talvez, que se encontram confrontadas com os efeitos *populistas*. Quando num primeiro *momento político*, a democracia reage voluntariosa e programaticamente de forma imediata ao crime, tomada pela parcialidade da emoção, o Ministério Público ou os órgãos de Polícia vão à ajuda de uma sociedade ameaçada. Todavia, supõe-se o contrário no *momento judicial*, detido prudente e deliberadamente pelo seu trajeto processual. Algum culto ao *rendimento* é que poderá levar as instituições de justiça a não resistir e tornarem-se vulneráveis às agitações de opinião. E o estatuto não elegível dos magistrados como funcionários públicos implica – correlata a esta maior exposição aos embates midiáticos e as críticas recebidas, pois patente ter que manejar contra as eventuais maiorias, daí seu contrapoder de tutela de minorias donde retirará sua legitimidade⁸²¹ – maior responsabilidade ainda atrelada aos poderes daí advindos: “*un juge enrôlé dans une croisade contre le crime n’est plus à sa place de tiers impartial; il prend le rôle d’un «saint belliqueux» voué à une mission sacrée, au risque de briser les principes qui gouvernent sa fonction.*”⁸²²

Há uma força pronunciada que pouco se deve a qualquer foco externo senão à disseminação de uma estratégia viral que corrói o corpo social e a própria democracia. Hoje poderíamos falar do hiperterrorismo ou de qualquer outra formação de um eventual conceito de inimigo⁸²³ sem passar exatamente pelo que realmente importa. Se

humanos, en cuyo nombre se aniquila a los propios derechos humanos.” Acerca desta crítica desde seu estuário no berço do discurso do liberalismo moderno, podemos ler HINKELAMMERT, Franz J. “La Inversión de los Derechos Humanos: El Caso de John Locke”. In: *El Vuelo de Anteo: Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, pp. 79-113 (cit., p. 80); mas, antes ainda, já anunciada em 1987, em HINKELAMMERT, Franz J. *Democracia & Totalitarismo*, pp. 141-149. Cf. ainda HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Os Direitos Humanos como produtos culturais*. Tradução Luciana Caplan *et. al.*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 68 ss. e o cap. 4º do também seu *El Proceso Cultural: Materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua Libros, 2005, pp. 111-143.

⁸²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 578-581.

⁸²² SALAS, Denis. *La Volunté de Punir*, p. 234.

⁸²³ Quanto mais difuso o conceito, mais ele se presta a uma apropriação oportunista, assim nos alerta Derrida. E será o poder dominante aquele que consegue impor e legitimar, na verdade até legalizar, (pois sempre se trata de uma questão de lei), em um palco nacional ou mundial, a terminologia e a interpretação que mais lhe convém em uma determinada situação. Cf. DERRIDA, Jacques. “Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos – Um diálogo com Jacques Derrida”. In: *Filosofia em Tempo de Terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*.

quisermos assim denominar com Derrida, há uma espécie de terror *interno* que produz uma “autoimunização” na democracia – pois sabe-se que o pior e mais eficaz terrorismo, ainda que pareça externo ou internacional, é aquele que instala uma ameaça *interior* e lembra que o inimigo está também alojado dentro do sistema –, ou seja, destrói suas defesas imunitárias, subverte sua linguagem e fragiliza suas instituições. O *acontecimento*⁸²⁴ do 11 de setembro apenas fez emergir a autodestruição dos mecanismos de defesa democráticos de acordo com um impacto mental de um mal que conduz a uma contraviolência a sua imagem. Tanto a tortura⁸²⁵ em nome da democracia aliada da cultura da guerra e a retórica punitiva em nome das vítimas, ambas concedem um potente elam ao discurso político.

*“Uma democracia que não entende mais a disposição global de si que constitui a metade de seu ser, que não é mais atenta à coexistência de suas partes tornada um fim nela mesma, é uma democracia que não compreende mais, não mais, as bases sobre as quais ela repousa e os instrumentos dos quais necessita. Ela não sabe mais conferir um estatuto aos limites da comunidade histórica graças aos quais ela é capaz de agir sobre si mesma, ela não tem mais o sentido do aparelho de autoridade que lhe permite aplicar-se sobre si mesma.”*⁸²⁶

Há uma lei implacável que regula todo este *processo autoimunitário*, ou seja, uma lógica que faz com que a democracia, no caso, trabalhe por si, quase que de forma suicida, exatamente para imunizar a sua própria proteção. Inicialmente ela deve ser desencadeada por um *acontecimento* que, como tal, carrega em si algo de inapropriável,

BORRADORI, Giovanna. Tradução Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, pp. 112-119. Ainda sobre o problemático conceito de terrorismo, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*, pp. 65-69.

⁸²⁴ Rumo a um sentido de *expropriação* segundo Derrida: “o *acontecimento* é o que surge, e, ao surgir, surge para me surpreender, para surpreender e suspender a compreensão: o *acontecimento* é antes de mais nada tudo aquilo que eu não compreendo. Consiste no aquilo, em aquilo que eu não compreendo: aquilo que eu não compreendo: minha incompreensão. (...) Daí a inapropriabilidade, a imprevisibilidade, a absoluta surpresa, a incompreensão, o riso de mal-entendido, a novidade não antecipável, a pura singularidade, a ausência de horizonte.” (DERRIDA, Jacques. “Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos – Um diálogo com Jacques Derrida”, pp. 100 e 104).

⁸²⁵ A *TTB Theory*, ou seja, *Ticking Time Bomb Theory* reatualizada nos EEUU pós 11S, apenas reencaminha a lógica da relativização da tortura de acordo com um cálculo de utilidade. Vale à pena obter, e conseqüentemente é válido, retirar informações para evitar, por exemplo, a explosão de uma bomba, ou se os riscos forem grandes disso acontecer, através de “pressões físicas moderadas”. Argumento, dentre outros, defendido por Richard Posner que apenas anuncia o fato contundente de que *a intangibilidade dos direitos humanos não é mais, se é que foi algum dia, um consenso*. Cf. dentre inúmeros momentos POSNER, Richard A. *Not A Suicide Pact. The Constitution in a time of National Emergency*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 77-104.

⁸²⁶ GAUCHET, Marcel. *A Democracia contra ela mesma*, p. 363.

como dissemos, certa incompreensibilidade. Esta transgressão de novo tipo acarreta um *trauma*, uma ferida não apenas marcada na memória. Neste ponto é salutar repensar esta temporalização tão hábil a ser veiculada no *populismo punitivo*. A idéia no 11S como “acontecimento maior” (mas o esquema se mantém rijo para nossa análise) nos dá condições de perceber claramente que será o *porvir* que determina esta *inapropriabilidade*, não o presente ou o passado. Falando de traumatismo, ele é produzido pela ameaça de que o pior está por vir – “*um im-presentável por vir (à venir)*” –, o medo do que já foi não será maior que o pavor e a iminência de uma agressão futura. Daí o “*inapresentável futuro*” reger uma racionalidade de permanente estado de prontidão e de antecipações de todas as espécies de meios repressivos numa espécie de estado de defesa contínuo que inventa e alimenta a sua própria monstruosidade que alega superar:

*“O que nunca se deixará esquecer é, assim, o efeito perverso da auto-imunidade em si. Pois sabemos agora que a repressão, tanto no seu sentido psicanalítico quanto no político – seja através da polícia, dos militares ou da economia –, acaba produzindo, reproduzindo e regenerando justamente a coisa que pretendeu desarmar.”*⁸²⁷

Já estamos mergulhamos no *círculo vicioso da repressão*.

Com um clima de guerra universal contra o crime, campeia a dissolução da política pelas emoções coletivas. Mais viável a *aclamação* que a tudo torna homogêneo. O apelo do poder é enviado a um *povo imaginário* muito mais adequado a uma ideologia que presumivelmente coloca a pluralidade do povo real como ingovernável. O *lugar vazio do poder*, uma vez suposto por Lefort⁸²⁸ como princípio da democracia, que deve representar a

⁸²⁷ DERRIDA, Jacques. “Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos – Um diálogo com Jacques Derrida”, pp. 106-109.

⁸²⁸ “*Dever-se-ia sobretudo reconhecer o caráter simbólico do poder em vez de reduzi-lo à função de um órgão, de um instrumento a serviço de forças sociais que lhe preexistiram. Na falta dessa perspectiva não se vê que a delimitação da esfera do político é acompanhada de um modo novo de legitimação, não somente do poder mas das relações sociais como tais. A legitimidade do poder funda-se sobre o povo; mas à imagem da soberania popular se junta a de um lugar vazio, impossível de ser ocupado, de tal modo que os que exercem a autoridade pública não poderiam pretender apropriar-se dela. A democracia alia estes dois princípios aparentemente contraditórios: um, de que o poder emana do povo; o outro, que esse poder não é de ninguém. Ora, ela vive dessa contradição. Por pouco que esta se arrisque a ser resolvida ou o seja, eis a democracia prestes a se desfazer ou já destruída. Se o lugar do poder aparece, não mais simbolicamente mas como realmente vazio, então os que o exercem não são mais percebidos senão como indivíduos quaisquer, como compondo uma facção a serviço de interesses privados e, simultaneamente, a legitimidade sucumbe em toda a extensão social; a privatização dos agrupamentos, dos indivíduos, de cada setor de atividade aumenta: cada um quer fazer prevalecer seu interesse individual ou corporativo. No*

perpétua abstenção democrática em aceitar fundamentos últimos que disponham sobre certezas derradeiras, é facilmente preenchido, hoje, por qualquer *demanda punitiva*.

Agamben⁸²⁹ lembra que, em 1928, Carl Schmitt procurou estabelecer o significado constitutivo das *aclamações* no direito público, quando tratava, em sua *Teoria da Constituição*, da relação do *Povo* com a *Constituição Democrática*. Ali o teórico alemão vincula de modo indissolúvel a *aclamação à democracia* e à *esfera pública* (povo). Para ele, a *opinião pública* é a forma moderna de *aclamação* e é nisto que se encontra a essência de seu significado político. Mesmo não ignorando os perigos de certas forças sociais dirigirem a opinião pública e a vontade do povo, isto seria problema menor, desde que assegurada a capacidade que considerava decisiva para a existência política de um povo:⁸³⁰ a refundação categórica do político desde a decisão que distingue entre amigo e inimigo (*Freund und Feind*).⁸³¹

limite não há mais sociedade civil. Porém, se a imagem do povo se atualiza, se um partido pretende se identificar com ele e apropriar-se do poder sob a capa dessa identificação, desta vez é o princípio mesmo da distinção Estado-sociedade, o princípio da diferença das normas que regem os diversos tipos de relações entre os homens, mas também dos modos de vida, de crenças, de opiniões que se encontra negado – e, mais profundamente, é o princípio mesmo de uma distinção entre o que depende da ordem do poder, da ordem da lei e da ordem do conhecimento. Opera-se, então na política uma espécie de imbricação do econômico, do jurídico, do cultural. Fenômeno que é justamente característico do totalitarismo.” (LEFORT, Claude. “A lógica totalitária”. In: *A Invenção Democrática*, pp. 92-93).

⁸²⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Il Regno e la Gloria: Per una genealogia teologica dell’economia e del governo*. Homo sacer, II, 2. Torino: Bollati Boringhieri, 2009, pp. 277-279.

⁸³⁰ “*Pueblo es un concepto que sólo adquiere existencia en la esfera de lo público. El pueblo se manifiesta sólo en lo público; incluso lo produce. Pueblo y cosa pública existen juntos; no se dan el uno sin la otra. Y, en realidad, el pueblo produce lo público mediante su presencia. Sólo el pueblo presente, verdaderamente reunido, es pueblo y produce lo público. En esta verdad descansa el certero pensamiento, comportado en la célebre tesis de Rousseau, de que el pueblo no puede ser representado. No puede ser representado, porque necesita estar presente, y sólo un ausente puede estar representado. Como pueblo presente, verdaderamente reunido, se encuentra en la Democracia pura con el grado más alto posible de identidad: como ekklesia en la Democracia griega, en el mercado; en el foro romano; como tropa o ejército reunido, como Landsgemeinde (Concejo abierto) suiza. (...) Sólo el pueblo verdaderamente reunido es pueblo, y sólo el pueblo verdaderamente reunido puede hacer lo que específicamente corresponde a la actividad de ese pueblo: puede aclamar, es decir, expresar por simples gritos su asentimiento o recusación, gritar «viva» o «muera», festejar a un jefe o una proposición, vitorear al rey o a cualquiera otro, o negar la aclamación con el silencio o murmullos. (...) Dondequiera que el pueblo se encuentre verdaderamente reunido, cualquiera que sea la finalidad, a menos que aparezca como grupo organizado de intereses, sea en manifestaciones callejeras, en fiestas públicas, en teatros, en el hipódromo o en el estadio, se encuentra presente ese pueblo capaz de aclamar, siendo, al menos potencialmente, una entidad política”. (...) “Según esas explicaciones sobre la conexión entre el pueblo y lo público, parece justificado el designar a la Democracia como imperio de la opinión pública, government by public opinion. (...) La opinión pública es la forma moderna de aclamación. Es quizá una forma difusa, y su problema no está resuelto ni para la Sociología, ni para el Derecho político. Pero su esencia y su*

Como escreve Agamben, é a *aclamação* que parece pertencer à tradição do autoritarismo, sobretudo, desde a sua esfera da *glória* (preocupação central do autor)⁸³² que, nas democracias modernas, foi deslocada para o âmbito da opinião pública. O que está em questão, em síntese, é a multiplicação e a disseminação da *função da glória* (com toda as matizes da liturgia e dos cerimoniais repaginadas) agora concentrada nos mídia, quer dizer, a eficácia da aclamação. Ganha também sentido, pois, aquilo que já comentamos a respeito de alguma *democracia de consenso*. De uma parte, tensionando ainda mais a posição acerca da transformação das instituições democráticas, ver-se-á, segundo o autor, que os teóricos do “povo-comunicação” – tal como Habermas⁸³³, que advogam uma soberania popular totalmente emancipada de um “sujeito-povo substancial”, mas inteiramente resolvida nos processos comunicativos privados que, segundo sua ideia de esfera pública, regulam o fluxo da formação política da opinião e

significación política estriban en que puede ser interpretada como aclamación. No hay ninguna Democracia, ni ningún Estado, sin opinión pública, como no hay ningún Estado sin aclamación. (...) Hay en toda Democracia partidos, oradores y demagogos, desde los prostatai de la Democracia ateniense hasta los bosses de la americana, además de prensa, cine y otros métodos de operar psicotécnicamente sobre las grandes masas. Todo esto se sustrae a una formación exhaustiva. Existe siempre, por eso, el peligro de que la opinión pública y la voluntad del pueblo sean dirigidas por fuerzas sociales invisibles y irresponsables. En tanto que exista la homogeneidad democrática de la sustancia y el pueblo tenga conciencia política, es decir, pueda distinguir de amigos y enemigos, el peligro no es grande.” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2001, pp. 238 e 241).

⁸³¹ “*La distinción propiamente política es la distinción entre el amigo y el enemigo. Ella da a los actos y a los motivos humanos sentido político.*” (SCHMITT, Carl. *Concepto de lo político*, p. 31).

⁸³² O poder, como governo político dos homens, rastro das pesquisas de Foucault, também é o interesse de Agamben. Neste especial, sobre a genealogia da governabilidade, situar o governo em seu *locus* teológico na *oikonomia* trinitária. Este dispositivo, que tivemos a oportunidade de comentar, é concebido como laboratório privilegiado para observar a máquina governamental. Mas é sobre a correlação entre *oikonomia* e *glória* que ele investe, ou seja, faz-se a pergunta: por que o *poder* precisa da *glória* e qual a relação entre *glória* e *economia*? Assim, ela entre o poder como governo e gestão eficaz e o poder como realeza cerimonial e litúrgica, abre-se um campo vasto para identificar o *Glória* como arcano central do poder e interrogar sobre o nexo indissolúvel que o vincula ao governo e à *oikonomia*. Em poucas palavras, estamos diante do *aspecto aclamativo e doxológico do poder*, identificável hoje nos meios de comunicação e nas democracias contemporâneas em seu *government by consent* (governo por consentimento) ou *consensus democracy* (democracia do consenso). Isto de alguma forma permite captar o vazio central da máquina governamental, aproximando o pensamento de Lefort, o símbolo mais carregado de poder, ou seja, o trono vazio que é o símbolo mesmo da *Glória* (Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Il Regno e la Gloria*, pp. 187-284).

⁸³³ HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, pp. 13-41.

da vontade – acabam por entregar o poder político nas mãos dos especialistas e da mídia. Cai-se numa espécie de *glória midiática* e objetiva da comunicação social.⁸³⁴

A riqueza da letra do professor italiano está em demonstrar que o *government by consent* e a comunicação social, ambos, remetem em realidade a *aclamações*: “*il consenso può essere definito senza difficoltà, parafrasando la tesi schmittiana sull’opinione pubblica, come «la forma moderna dell’acclamazione» (poco importa che l’acclamazione sai espressa da una moltitudine fisicamente presente, come in Schmitt, o dal flusso delle procedure comunicative, come in Habermas)*⁸³⁵. A “sociedade de espetáculo”, de Debord⁸³⁶, assume, pois, novo significado e pujança. A *glória* acaba sendo a substância donde a *politicidade* vai retirar seu critério, e para onde o povo, real ou comunicacional das democracias consensuais contemporâneas, acaba por repousar. O que nos alerta para os perigos do consenso em democracia e, com destaque, para as aclamações midiáticas por punição via, por exemplo, o autoritarismo dos direitos humanos em matéria penal.

A temática *populista* traz consigo o inquietante progresso de uma democracia cada vez mais desafeta a um desacordo de opiniões. A tirania da urgência com relação ao crime nos leva a tentar deslocar principalmente o panorama do *populismo punitivo*, além desta própria e adequada *vontade de punir*, para inquirirmos, de soslaio, a “*razão*” mesma do *desejo punitivo* ou *aclamação populista pela punição* que pode, de alguma maneira, mover estas práticas generalizadamente. Isto nos ajuda a diminuir a escala e ampliar o campo de visão para que possamos apor, de forma conjunta, além dos fenômenos dos *atores político-criminais* e dos *atores jurídico-penais*, sob um mesmo registro o contexto social mais aprofundadamente ainda.

Para tanto, com a ajuda de Laclau, podemos visualizar o *populismo* como um modo de construir o político, ademais de ser um fenômeno inscrito em todo espaço comunitário. Mesmo que nossa leitura seja menos complacente que a do professor argentino quanto às potências benéficas do *povo*,⁸³⁷ nossa preocupação vai ao encontro

⁸³⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Il Regno e la Gloria*, pp. 279-280.

⁸³⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Il Regno e la Gloria*, p. 283.

⁸³⁶ Cf. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*: Comentários sobre a sociedade do espetáculo. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

⁸³⁷ Ainda que invista enormemente no aspecto diríamos emancipatório para fugir da degeneração das massas, seria realizar profunda injustiça e desconsiderar que ele mesmo acentua que “*no existe ninguna garantía a priori de que el pueblo como actor histórico se vaya*

de, ainda que seja uma lógica social que atravessa uma série de fenômenos, surpreendê-la, nas configurações próprias das *demandas punitivas*.

A lógica do *populismo* e a forma própria de formação das identidades coletivas passam pela premissa de se apoiar no estudo de unidades menores, não os grupos, mas as *demandas*. Por isso, outorgar centralidade ao *afeto*⁸³⁸ como componente constitutivo de qualquer laço social. Um enfoque alternativo do *populismo*, assim, pode deixar a conhecê-lo como uma constante da ação política. E a sua vagueza e imprecisão conceitual não podem ser perdas numa mera operação política tosca. Pelo contrário, como referimos, na indeterminação do *populismo*, há um *ato performativo*⁸³⁹ dotado de racionalidade própria, porque é esta mesma simplificação que permite a associação de *demandas heterogêneas*. No tocante a estes *jogos de diferenças* que ganham centralidade *hegemônica*, a ilustração das diversas iniciativas penalizantes, nas mais diversas áreas, inclusive não raro com interesses de fundo contrapostos, são catapultadas a *significantes vazios* (são os ditos bens jurídicos) que atam firmemente a cadeia do *discurso punitivo*. Se o *populismo* é vago e indeterminado, neste ponto, o é exatamente para ser dotado, ao fim, de coesão interna.⁸⁴⁰

a construir alrededor de una identidad progresista.” (LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 306).

⁸³⁸ A visão forte, psicanaliticamente fundada, vem desde Freud em “Psicología de las Masas y Analisis del «Yo»”. In: *Obras Completas*. Tomo II, pp. 2563-2610.

⁸³⁹ LACLAU, Ernesto. *La razón populista*, p. 32.

⁸⁴⁰ Três categorias tornam-se fundamentais aqui entender. Primeiro o *discurso*, visto mais amplamente como terreno primário da constituição da objetividade como tal, ou seja, um complexo de elementos nas quais as relações têm um papel decisivo, sendo elas de dois tipos: *combinação* e *substituição*, exatamente retiradas dos tropos que falamos no primeiro momento do escrito acerca da *metonímia* e da *metáfora* lacaniana. Mas o que importa frisar são os jogos de diferenças estabelecidos, não se dando privilégio a nenhum elemento a priori, adquirindo centralidade de acordo com as relações forjadas. Em segundo, há os *significantes vazios* e a *hegemonia*. Em se tratando de identidades diferenciais, o *todo* dentro do qual elas se constituem estará contido em cada ato individual de significação. Segundo o autor, isto implica ter em conta que uma *totalidade* apenas pode constituir-se por *exclusão*, o que faz com que todas as outras diferenças sejam equivalentes entre si, em seu rechaço comum a identidade excluída. A equivalência, agora, subverte a diferença, dentro de uma identidade construída a partir da tensão entre uma *lógica da diferença* e uma *lógica da equivalência*. A *totalidade* aqui é vista como elemento impossível, mas necessário, para precisamente haver a possibilidade de uma *diferença*, sem deixar de ser particular, assumir a representação de uma totalidade incomensurável: “*Esta operación por la que una particularidad asume una significación universal incommensurable consigo misma es lo que denominamos hegemonía. Y dado que esta totalidad o universalidad encarnada es, como hemos visto, un objeto imposible, la identidad hegemónica pasa a ser algo da orden del significativo vacío, transformando a su propia particularidad en el cuerpo que encarna una totalidad inalcanzable.*” (LACLAU, Ernesto. *La razón populista*, p. 95). O terceiro elemento condiz com a *retórica*, onde um termo literal é substituído por um termo figurativo. A nomeação do inominável é exatamente a condição de ser da própria linguagem e,

Neste vertente, as demandas sociais, quando insatisfeitas, por uma incapacidade institucional de resolvê-las diferencialmente, acabam por potencializar uma certa carga *equivalencial*, diríamos “simplificadora”, entre elas. O que acaba formando uma cadeia, uma unificação das demandas, no caso em análise, facilmente em torno da questão punitiva.⁸⁴¹ Em sendo a construção do *povo* o ato político por excelência, a política *tout court* – em que é essencial a formação de *fronteiras antagônicas* dentro do social convocando novos sujeitos e a produção de *significantes vazios* com o fim de unificar em *cadeias equivalenciais* um conjunto de *demandas heterogêneas* – e o rasgo definidor do populismo, ao que parece também de qualquer intervenção política, cabe exercitar-se a paciência crítica de acompanhar para onde podem flutuar estes significantes. Sendo mais direto, pode-se interrogar: e se para a constituição do *povo*, deste significante vazio, certa contingência conduzir para a simplificação penal? Não será o próprio dispositivo da *Constituição* e mais amplamente o valor da *Democracia*, dentro de um cenário de *ostensão punitiva* conduzida por um *jogo de diferencialidades*, os significantes vazios prontos a definir uma política penal repressiva? Assenta-se que tal a *centralidade* do poder punitivo no atual esquema democrático constitucional que não é temerário ver o palco das relações de força, da articulação histórica contingente (na sucessão descontínua de formações hegemônicas), aportar cada vez mais *identidades políticas* prontas a demandar a *hegemonia* do discurso punitivo. Em suma, sobre as *tendências* populistas é que o acento se põe e as respostas já se colocaram naturalmente.⁸⁴²

portanto, da operação hegemônica, passando a ser, assim, o denominador comum para a construção do povo a *catacrese* (figura de linguagem da retórica clássica que remete ao uso de um termo que não descreve com exatidão o que quer expressar, mas é posto por não haver outra palavra apropriada). Em apertado resumo, é o que está aprofundado em LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista: Hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 129-189.

⁸⁴¹ Se o populismo tem como precondição, por um lado, a formação de uma fronteira antagônica entre *povo* e *poder* e, por outro, a articulação equivalencial de demandas que faz possível surgir o *povo*, pode-se ver nele três dimensões estruturais: “*la unificación de una pluralidad de demandas en una cadena equivalencial; la constitución de una frontera interna que divide sociedad en dos campos; la consolidación de la cadena equivalencial mediante la construcción de una identidad popular que es cualitativamente algo más que la simple suma de los lazos equivalenciales*” (LACLAU, Ernesto. *La razón populista*, pp. 99 e 102). Entretanto, cabe o conselho freudiano, de atentar o quanto isto traz consigo uma certa carga de *pusilanimidade*.

⁸⁴² Em nenhum momento está a se dizer que a construção de uma cadeia de equivalências a partir da dispersão de demandas fragmentadas e sua unificação em torno de posições populares que operam como significantes vazios é em si totalitária. Radicalmente não. Está-se a tentar perceber quando determinados movimentos populistas podem ser totalitários, exatamente porque o contraponto *democracia/totalitarismo* é de extrema pobreza analítica. Há um infinito *dégradé* de cores nesta paleta

Recuperar o desejo de liberdade e não deixá-lo soterrar frente às *demandas punitivas* nunca será tarefa das mais fáceis⁸⁴³. Se nas sociedades modernas democráticas o maior perigo, como escreveu Christie⁸⁴⁴, não é o delito em si, mas que a luta contra ele conduza aos piores totalitarismos, por conseguinte, a resignação e o pessimismo não poderão ter acento firme, muito menos em tempos sombrios. Não ceder no discurso de resistência, próprio também ao direito penal, escapando do *Zeitgeist*, que tantas vezes ensaiou-se como desculpa às piores atrocidades cometidas em tempos decadentes, parece a *prova* a ser cumprida reiteradamente frente às barreiras derrubadas pelo *Estado de Polícia*.

política muito maior que esta oposição pode sugerir. Se existe aqui a complexidade, está propriamente nisto. Sem a produção de vacuidade não há *povo*, nem tão pouco *democracia*, todavia há limites simbólicos para ocupar o lugar do poder. Inclina-mo-nos a aceitar mais conformemente a visão de Lefort e ver que o lugar do poder ainda se converte num lugar vazio (LEFORT, Claude. “A lógica totalitária”. In: *A Invenção Democrática*, p. 92). Mesmo que para exercer seu poder, alguma lógica hegemônica tenha de encarnar este local, ela jamais deve ser total, deve ser sempre parcial. Aqui aproximam-se as visões de Laclau e Lefort (LACLAU, Ernesto. *La razón populista*, pp. 207-216). O local, enfim, deve-se manter ao menos “parcialmente” vazio, digamos parcialmente porque, de alguma forma, para o *poder* operar precisará ser representado neste lugar, se o não fizer, em alguma dose, não será *poder*. Mas se o encarnar definitivamente, será totalitário – completamente tênue e delicada, vez mais, a fronteira.

⁸⁴³ “Não esquecemos que nossos próceres não tiveram vidas tranqüilas e, justamente por isso, Spee correu o risco de acabar na fogueira, Beccaria publicou seu livro anônimo, Pagano foi fuzilado, Marat morreu apunhalado na banheira, Rossi esfaqueado, (...) Romagnosi foi processado, Carmignani condenado ao desterro, Mello Freire denunciado à Inquisição, Lardizabal defenestrado e ignorado. Nada disso foi gratuito, mas deveu-se ao fato de que nenhum deles se curvou ao *Zeitgeist*. A academia glorifica hoje a memória de muitos deles, embora esqueça injustamente outros, mas, por outro lado, não conhecemos nenhuma universidade, departamento ou instituto que leve o nome de Torquemada.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*, pp. 176-177).

⁸⁴⁴ CHRISTIE, Nils. *La Industria Del Control Del Delito*, p. 24.

PARTE III:
REGIMES DA PROVA PENAL E CONTEXTO BRASILEIRO

Capítulo 5.

FACES DA *EVIDÊNCIA*: PROVA, PROCESSO PENAL E POLÍTICA

“A partir de certo ponto não há mais qualquer possibilidade de retorno. É exatamente este ponto que devemos alcançar.”
(*Contos, Fábulas e Aforismos* – **Franz Kafka**)

Os dois vetores anteriormente postos, primeiramente no tocante às matrizes culturais inquisitivas postas a trabalhar no arcabouço da história das ideias do processo penal (em que o protagonismo do julgador é nodal de sua potência) em especial em terreno brasileiro, bem como, por outro lado, a ode ao punitivismo nos variados discursos sobre a pena e seus populismos consentem dirigir o argumento, neste instante, para um momento singular. Apenas é possível conduzir-se às franjas da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro tendo sido considerados profundamente os elementos extendidos nas partes anteriores. Fará sentido, assim, desta maneira, aduzir no contexto brasileiro, a textura dos inquisitorialismos ao menos sob dois eixos: inicialmente tendo como respaldo, ao nível epistemológico, os operadores da evidência e os mecanismos destinados a constringê-la ou não; para então, noutra aspecto, poder ser posta em cena a dinâmica das reformas, em especial o contexto do PLS nº 156/2009 que trará a nova regulamentação em matéria processual penal no Brasil. Os fluxos tensos deste afazer político na arena democrática confrontados consigo mesmos, assim, permitem questionar o horizonte dos desejos acusatórios, a formação das máquinas hábeis a agenciar tais demandas e atores envolvidos para, enfim, sinalizar os importantes instantes de inflexão e de captura realizados pelos impulsos inquisitivos.

5.1 Contornos da *Evidência*: alucinação, prova e convicção

É evidente aquilo que dispensa a prova – este é o apanágio que nos guia⁸⁴⁵. A evidência por exatamente não precisar de justificação é a verdadeira descrição daquilo que é. Por isso, seu trabalho intenso com todo o pensamento da *verdade*. O predicado “é evidente” só pode dizer algo de *atual*, precisamente não de uma coisa ou acontecimento,

⁸⁴⁵ Por todos os momentos em que na obra aparece esta premissa, ver GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. Tradução Dr^a. Maria Bragança. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1996, p. 09.

mas de uma *relação*. A sua intuição “lógica” e de “existência” é que conduz a apreender uma *identidade*. Este indicador epistêmico diz, em resumo, do *valor de verdade de uma proposição*.⁸⁴⁶

Index sui et veri pode representar sua estrutura. Ao contrário da *prova*, não remete para dispositivos de avaliação exteriores à proposição. Ela se lê como sinal indubitável. Gil, desde Husserl, a define como “*a instância de um testemunho de si, patente e imediatamente esclarecedor, fornecido por um conhecimento verdadeiro e por uma legitimação imanente dos juízos.*”⁸⁴⁷ Suas intuições-guia dizem respeito à *mostração* e à *satisfação* do espírito, ou seja, *apodicticidade* e *adequação*. O que não a deixa de alinhar com a *ilusão*, por isso ser devedora de *justificação*. A tarefa (interminável) da crítica encaminha-se por aí. A *apodicticidade* é a justeza máxima do juízo, noutros termos, é o nome da vertente epistemológica da evidência. Esta manifestada também tornará visível a *adequação*, transposição do objeto dado no visado. Tanto do ponto de vista da *compreensão* quanto da *extensão*, é o *excesso* no âmago da evidência que impera. Sendo, por um lado, a personificação da verdade objetiva, a autodoação de si imediatamente intuitiva, no modo universal da sua intencionalidade como a forma por excelência da consciência de algo, seu transbordamento é que a define.⁸⁴⁸

Gil a porá, desde sua gênese, sob uma posição pré-reflexiva do mundo, enxertada na *crença*. Sua percepção, seja ela dita *ostensão* ou *intuição*, tradutores da sua forma de inteligibilidade, assenta-se, de toda forma, nos sentidos. Diz de uma ideia que retorna a si imediatamente, desde ao menos três grupos de dados: *referência sensorial*, *desejo* e uma *força deslumbrante*. Daí seu brilho e efeito de verdade, sua força enfim, resultado do investimento do desejo nas referências sensoriais:

“*O desejo é uma formação de intensificação, de ligação e de transformação; ele assegura uma dupla operação, num só tempo: uma certa experiência do mundo, na intersecção dos suportes sensoriais da evidência com a sua interpretação linguística, transforma-se numa inteligibilidade patente e em acto (...). Esta converte-se ao mesmo tempo numa submissão feliz – a evidência reúne a inteligibilidade num afecto intelectual.*”⁸⁴⁹

⁸⁴⁶ GIL, Fernando. “O Amor da Evidência”. In: *Modos da Evidência*. Com Intervenções de Patrice Loraux, Marc Richir, Antonia Soulez e Paulo Tunhas. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 81; em igual sentido, GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 10.

⁸⁴⁷ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 12.

⁸⁴⁸ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, pp. 14-18.

⁸⁴⁹ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 21.

Agrupando suas características, a saber: verdade, apodicticidade, adequação e satisfação do espírito – a evidência participa do modelo do pensar e do se enganar. Reconstrói, de alguma maneira, um sensível que lhe permanece constitutivo e retira sua força e imanência do signo que a porta. A eficácia deste signo é que faz desaparecer a necessidade de alguma *prova*. O rito religioso do direito arcaico (“pré-direito”), vimos, segrega a *prova*. A razão de ser da prova pode-se dizer que seja no julgamento, introduzir nele uma certa distância, um *diferir*⁸⁵⁰. Entre a imediaticidade da *evidência* eivada no sinal considerado como válido e a decisão que ele autoriza ou comanda é o julgamento através da *prova* que mantém suspenso este sentido.⁸⁵¹ No direito arcaico, melhor dizendo, a prova é realizada em coisas. Nele há uma espécie de “direito-sem- julgamento”, pois o processo cria o direito no ato do seu próprio presente. A verdade nele provinha da irradiação do brilho da *evidência* – as ordálias bem isto demonstravam. Não havia ambiguidade na marca deixada, separação de fato e sentença, sua *figuralidade* era impositiva. Igualmente nos casos também examinados de *confissão* ou do *juramento*, retratos de um sistema social de crenças indefectíveis. Assim, percebe Gil uma verdade *icônica*⁸⁵², desde a manifestação da prova num *acto* que se objetiva na *atualidade*. A *prova*, desta maneira, no direito arcaico é dotada de alta *performatividade*, pois exerce-se no imediato.

O flagrante delito, afinal, pareceria o modelo primordial do “direito punitivo”, pois dispensaria a administração da prova e implicaria a imediata punição, já que tudo se dá ao mesmo tempo por intuição. Poderíamos, de forma pouco ortodoxa, acentuar esta perspectiva e afirmar ser o modo de experiência da flagrância a tendência inconsciente – desejo recalcado – mais profundo dos mecanismos processuais penais que, a seu ponto, apesar de não dispensar a prova, jamais elidirão a *convicção* e, por conseguinte, seus elementos atrativos de *evidência*. Gernet⁸⁵³ nota que esta presunção, ou seja, aquela de que um crime mostra-se a si mesmo

⁸⁵⁰ O *diferendo*, como quer Lyotard, remete à *diferença* que nunca se dá de uma vez por todas, tanto quanto se passa nas *frases em disputa* num processo. O que não deixará de ser um *paradoxo*, ao final, porque o *diferir*, uma certa *escansão* que se poderia instalar com a *prova* a constringer a *evidência*, ao cabo, remeterá ao improvável das referências últimas: “*the differend is signaled by this inability to prove.*” (Cf. LYOTARD, Jean-François. *The Differend – Phrases in Dispute*. Translated by Georges Van Den Abbeele. Manchester: Manchester University Press, 1988, p. 10).

⁸⁵¹ “*La preuve, quel que soit l’archaïsme de ses formes, représente un autre moment de pensée: dans le jugement, une distance s’introduit, si petite soit-elle, entre un signe considéré comme valable et la décision qu’il autorise ou qu’il commande.*” (GERNET, Louis. *Anthropologie de la grèce antique*. Paris: François Maspero, 1968, pp. 269).

⁸⁵² GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 41.

⁸⁵³ “*Il convient de mettre à part – mais en vedette – une série significative qui est celle du flagrant délit; antérieure au droit, elle joue un rôle considérable dans le droit commençant. Il semblerait, à vrai dire, qu’elle ne dût nous intéresser, puis-qu’en pareil cas le jugement de culpabilité est dispense*

como tal, é tão forte que pode transpor o intervalo da flagrância, absorvendo e expandindo seus limites, por exemplo, no caso de encontrar o objeto roubado após a sua busca, como assentado em diversos ordenamentos jurídicos até hoje.

Este seria o ideal intrínseco do direito criminal, em que sanção e crime formariam um só corpo, excluindo qualquer administração probatória. Dinâmica pouco modificada com as preocupações da ordem medieval a partir do século XIII, em que a inquisição apôs, como examinado, a *confissão* no centro da expressão da *evidência*. Imbricada numa filosofia da intuição, aparece o *notório*, aquilo que se coloca diante dos olhos e não pode ser ocultado, por isso arrancado dos mecanismos de prova. A *confissão* era assimilada ao fato notório sobre o qual poderia se presumir a fiabilidade do discurso ou do comportamento. Ambos, suma, o *flagrante* ou o *notório* realizam-se como uma ação desenrolada no presente. O discurso da *verdade da evidência* é identificável aqui num nível bem particular quanto à prova. Já está clara sua continuidade que não cansamos de pontuar: há uma identidade presumida no traço distintivo da *evidência* que se traduz na dispensa da *prova*. E esta verdade não cessará de se oferecer como terreno de satisfação aos convencimentos céleres e aos anseios mais íntimos de punição.⁸⁵⁴

de toute induction relative au passe, et qu'il y a coïncidence par hypothèse entre le délit même et la certitude du délit. Les choses ne sont pas si simples. La flagrance par laquelle se caractérisent certains délits privés, notamment vol et l'adultère, ne doit pas être considérée comme un moyen de preuve privilégié; de fait, dans un système où l'idée de preuve est devenue centrale, on voit disparaître sa vertu propre; en revanche, dans le système le plus ancien, entre les délits qu'elle qualifie et les délits matériellement identiques d'où elle est absente il y a une différence du tout au tout, quant aux formes de la poursuite et quant au degré de la répression. La flagrance appartient à la notion même du délit; d'un délit qui est objectivé par elle et qui, du fait de sa présence, suscite une exécution immédiate (...). Cette continuité est essentielle: on ne poursuit pas, on n'exécute pas après coup: le drame don't la flagrance est la condition présente une unité concentrée; on peut apercevoir ici (...) certain idéal du droit criminel: c'est que la sanction fasse corps, sans interstice, avec le fait délictueux. Tout est du présent, et on peut dire tout à la fois: l'idée d'un passé même récent n'a pas où se prendre. La vertu de la notion n'est pas de satisfaire à une exigence de vérité aus sens où la vérité pourra être entendue judiciairement: elle est de réaliser dans une situation qui exclut l'«administration de la preuve»." (GERNET, Louis. *Anthropologie de la grèce antique*, pp. 267-268).

⁸⁵⁴ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, pp. 42-43. Noutro lugar, acerca das variabilidades e primazias que se podem encontrar nos processos judiciais, que acabam, de uma forma ou de outra, compaginadas nas incessantes aporias da *livre convicção* do juiz, escreve acerca dos diferentes sistemas de direito e o distinguível peso da *prova*: “*numa palavra, pode-se dar-se a primazia à prova racional ou ao testemunho directo, e os conteúdos do testemunho, a hierarquia e a importância relativa das provas podem variar, deslocar-se segundo os sistemas de direito. A prova decisiva residirá na racionalidade da argumentação ou em signos sobrenaturais empiricamente atestados, na prova de facto por observação, na confissão, em documentos escritos abonados por diversas maneiras...mas em todos os casos, ela visa administrar o fundamento material, desprovido de ambigüidade, da sentença.*” (GIL, Fernando. *Provas*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, p. 40).

Voltando às dimensões conceituais da *evidência*, percebe-se o quanto a sua *natureza performativa* permite ditar sua potência de “*inteligibilidade dos fundamentos do pensamento*”.⁸⁵⁵ E não será por outro motivo que a sua *voz da verdade* terá uma vocação *totalizante*, pois, para lograr atingir a inteligibilidade, vai à cata do que é incontestável e necessário em cada domínio, retendo aquilo que há de máxima certeza. Escreve Gil:

“A linguagem da evidência procura anular as mediações, a distância, a obscuridade, o silêncio, o arbítrio individual. (...) Entre as modalidades da inteligibilidade, ela seleciona a iconicidade da ostensão, a indexicalidade reflexiva do presente da intuição, a injunção da verdade contida na generalidade do símbolo (uma proposição). Para além do quadro, ela dá-se como um preenchimento que será interpretado como uma posição existente.”⁸⁵⁶

A *ostensão* referida em inúmeros momentos do nosso argumento tem sede privilegiada aqui. A atenção participante na *evidência* é também *mostração* e *ostensão*, quer dizer, um modo de *alucinação* decorrente da autodoação de si da evidência. Ela é própria exatamente deste aparecer no ato significativo. *Ostensão*, a seu modo, é o que recobre uma *posição*, aquilo que toca uma *imediatez*.⁸⁵⁷ Deste modo, a sua *verdade de si* dá-se na forma de *injunção*. Seu imperativo, já dito, reporta-se sempre à *verdade*, mais propriamente, “*em tornar verdadeiro o estado de coisas que é objecto do mandamento*.”⁸⁵⁸ A *voz* que convoca, que simpatiza, aduz um *acordo* que vale para o futuro, porque não dizer, quase de forma traumática. Reconfigurados a linguagem e os sentidos pelo seu discurso, de maneira sempre excessiva, a disposição espontânea de passagem ao ato da evidência reporta ao mundo dos sentidos. Falou-se de uma intensificação que denota a vocação performática da evidência. Mas qual seu operador fundante? Como funciona esta *ostensão*? Por certo, o cariz *alucinatorio* aí presente não decorre de nenhuma disfuncionalidade, mas é a mola propulsora que nos tem convidado, como diz Cunha Martins⁸⁵⁹, a surpreender, tal como várias vezes fazemos, a evidência em ato, seus territórios de ação, identificando seus agentes e desempenho.

Se dissemos que a *evidência* e sua inteligibilidade pautam-se numa reconstrução do sensível, melhor colocado, percorre um aquém da separação metafísica do sensível e

⁸⁵⁵ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 69.

⁸⁵⁶ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 72.

⁸⁵⁷ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 119; igualmente em GIL, Fernando. “O Amor da Evidência”, p. 97.

⁸⁵⁸ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 213.

⁸⁵⁹ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

do não-sensível (tal como enxergara Heidegger⁸⁶⁰), naquilo que Gil⁸⁶¹ chama de uma força e imanência advindas de uma *lógica pagã*⁸⁶², falta ainda ver como funciona esta *alucinação*. Por certo, não sob o aspecto da simples percepção irreal do existente, mas da transposição da percepção para outra coisa que não ela mesma, mais diretamente, a inteligibilidade da *evidência* representa uma operação *alucinatória* que “*converte em verdade a percepção e a significação*”.⁸⁶³

Nada disto, com relação à *alucinação*, pode-se dar sem a intensificação do dado sensível – daí a força energética da conversão do sensível em conceito. Por isso, a transformação do “pensamento” em “coisa” que viu impor-se claramente (como só há de haver consigo) na encarnação do direito na prova arcaica; mas, sobretudo, nos reflexos icônicos (performáticos) do magistrado em busca de redobrar a *crença* na sua atuação probatória (original ou complementar), ou ainda na permanente superexcitação do *populismo punitivista*. Para além da figura patológica, quase em paralelo com a estrutura psíquica e seu elemento paranoico examinado antes, pode-se já firmar neste momento em estreito paralelo, a determinação marcante da *evidência* e seu caráter *alucinatório*.

Um sentimento de inteligibilidade marcado pela satisfação do espírito operado com relação à *adequação* e à *apodicticidade* expõe, minimamente, o quadro da *alucinação da evidência*. Energética e figurativa, ela pertence desde Freud⁸⁶⁴ à estrutura da consciência. Não se oblitera, todavia, antes, o dever de analisar uma matriz comum que há entre a *alucinação* e a *patologia*, ainda que jamais possam ser confundidas. Ao fundo, temos a *atenção* como lastro comum⁸⁶⁵. Mais propriamente, a dinâmica do

⁸⁶⁰ Cf. HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Edição Bilingue. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988, pp. 85 ss.

⁸⁶¹ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 24.

⁸⁶² Cf. AUGÉ, Marc. *Génie du paganisme*. Paris: Galimard, 1982.

⁸⁶³ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 217.

⁸⁶⁴ Freud insistia no caráter figural da alucinação, o pensamento transformado em imagem no sonho. Na alucinação do sonho, um conteúdo de pensamento readaptado num fantasma de desejo, torna-se consciente como percepção sensorial: “*las alucinaciones de la histeria y de la paranoia y las visiones de las personas normales corresponden, efectivamente, a regresiones; esto es, son ideas transformadas en imágenes. Pero en estos casos no experimentan tal transformación más que aquellas ideas que se hallan en íntima conexión con recuerdos reprimidos o inconscientes. Uno de los histéricos más jóvenes que he sometido a tratamiento, un niño de doce años, no puede conciliar el reposo, porque en cuanto lo intenta ve caras verdes con ojos encarnados, que le causan espanto.*” (FREUD, Sigmund. “Psicología de los Procesos Oníricos”. In: *Obras Completas*. Tomo I, pp. 676-677). A apresentação de energia pura também é encontrada no terror inexprimível do caso do “homem dos lobos” (cf. FREUD, Sigmund. “Historia de una Neurosis Infantil (Caso del «Hombre de los Lobos»”). In: *Obras Completas*. Tomo II, p. 1.953).

⁸⁶⁵ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 116.

inconsciente, segundo Freud, declina-se sob certo ponto desde categorias da *orientação* e da *atenção*. Ele falará de alguma teoria da alucinação primitiva desde um suporte de distinção entre “interior/exterior”.⁸⁶⁶ A *atenção* tem seu negativo na fixação compulsiva, exatamente presença esta que será o traço distintivo da *evidência*. Na perda dos referenciais, os elementos despregados ganham virtudes alucinatórias, na medida em que este curto-circuito implica, para Gil⁸⁶⁷, uma “inquietante estranheza”.⁸⁶⁸ A linguagem da psicanálise denuncia neste ponto a deletéria confusão entre imaginação e realidade – instante, ainda, podemos dizer, em que se acede ao lugar vazio do significante ordenador e toma-o tal como se realizável o fosse.⁸⁶⁹

De todo modo, quer-se registrar a *alucinação* como estrutural da (in)consciência, alhures ao aspecto patológico. Um operador que realiza, abaixo de alguma precisão maior, a transfiguração do sensível e linguístico em inteligível. Para nosso interesse, uma instância instigada ou mesmo reproduzível sempre que o dispositivo processual se afaste da *prova* ou a ela se dirija dotado de certa *primazia objetificante*. Nem poderia ser diferente, pois, é a intolerância à frustração que carrega consigo esta performance: afinal, a representação da palavra é reduzida à *coisa*, quer dizer, concebida a *coisa* como ela própria realizável, uma

⁸⁶⁶ Particularmente, em dois momentos o texto freudiano isto indica. A tendência de um sintoma neurótico geral de isolamento do mundo exterior é bem examinado no caso do “homem dos ratos”, cf. FREUD, Sigmund. “Análisis de un Caso de Neurosis Obsesiva («Caso el Hombre de las Ratas»)” In: *Obras Completas*. Tomo II, pp. 1.477-1.480. Diz ele também, agora num texto de 1915: “*Sintetizando, podemos decir que los destinos de los instintos consisten esencialmente en que los impulsos instintivos son sometidos a la influencia de las tres grandes polarizaciones que dominan la vida anímica. De estas tres polarizaciones podríamos decir que la de «actividad-pasividad» es la biológica; la de «yo-mundo exterior», la de realidad, y la de «placer-displacer», la polaridad económica.*” (FREUD, Sigmund. “Los Instintos y sus Destinos”. In: *Obras Completas*. Tomo II, p. 2.052).

⁸⁶⁷ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 117.

⁸⁶⁸ As verdadeiras preocupações fundamentais parecem se implicar sobre dois polos extremos: o da *evidência* e da *estranheza*. Questão muito mais profunda que apenas, para o momento, cabe sinalizar com Guitart: “*A partir de la decisión cartesiana de identificar lo verdadero con lo evidente se funda la ciencia y la identificación freudiana de lo verdadero con lo extraño funda el psicoanálisis.*” O logo [donc] cartesiano («*Je pense, donc je suis*») acaba por ser o ambíguo, que sustenta e suspende o discurso: “*luego es, según el caso, signo de evidencia objetiva o signo de estrañeza subjetiva. Así, cuando utiliza la articulación luego, el sujeto que habla se inclina ya hacia Descartes, ya hacia Freud.*” Talvez daí embrenhando-se na relação entre matemática e psicanálise haja um núcleo comum: *a letra e sua literalidade*. Para tanto, cf. GUITART, René. *Evidencia y extrañeza – Matemática, psicoanálisis, Descartes y Freud*. Traducuión de María del Carmen Rodríguez. Buenos Aires: Amarrortu, 2003; cits. pp. 11 e 13.

⁸⁶⁹ “*Aunque en rigor ya se encuentra incluida en nuestras precedentes afirmaciones sobre el animismo y los mecanismos superados del aparato psíquico, agregaremos aquí una observación general que nos parece digna de ser destacada: la de que lo siniestro se da, frecuentemente y fácilmente, cuando se desvanecen los límites entre fantasía y realidad; cuando lo que habíamos tenido por fantástico aparece ante nosotros como real; cuando un símbolo asume el lugar y la importancia de lo simbolizado, y así sucesivamente.*” (FREUD, Sigmund. “Lo Siniestro”. In: *Obras Completas*. Tomo III, p. 2.500).

espécie de “*linguagem de órgão*”.⁸⁷⁰ Estamos, por fim, no núcleo da irredutibilidade primária do *sentir*, quase como se o elemento primitivo do pensamento fosse elevado a um acto de *fé*, o acesso à verdade absoluta do conhecer senão a *coisa em si*.⁸⁷¹ A alucinação, suma, reúne a representação da *coisa* mesma – pura catarse objetificante. Razão pela qual a alucinose revela-se sempre sob o signo da *urgência* e da *força*, tão capitalmente nefastas em matéria de um juízo autossuficiente e alheio à mediação processual.

A alucinação originária da psique, longe da patologia, informa-nos da realização (frustrada) daquele momento ideal de satisfação com o desejo. O estado inicial de fusão, de encontro, não com a imagem do *seio*, mas com *ele* próprio, ajuda-nos a saltar adiante, utilizando Gil⁸⁷², do investimento demasiado intenso na imagem que pode ser produzida como percepção, e captá-lo como um índice de realidade inefável profundamente *problemático*. Não aconselhável é depositar neste estágio aquilo que ele convida, muito mais em sede de postura judicial: o conforto com o resultado das demandas probatórias já previamente satisfeitas e confirmadas desde a sua anterior intenção de encontrá-las.

Posto isto, nunca será demais acentuamos novamente que é da estrutura da *evidência* – de longa tradição nos problemas epistemológicos – dispensar a *prova*. Pertence ao seu indicador epistêmico – *ser evidente* – a designação do valor de *verdade* de uma proposição. A evidência trabalha todo o pensamento da *verdade*, impõe-se como uma *verdade redobrada*, uma afirmação que não necessita de justificação. Desta maneira, vê-se como índice de si mesma (*Index sui et veri*)⁸⁷³ autorreferencialidade pretensamente justificada, em que não há espaço ao *contraditório* atinente a qualquer

⁸⁷⁰ FREUD, Sigmund. “Lo Inconsciente”. In: *Obras Completas*. Tomo II, p. 2079.

⁸⁷¹ Sempre, de alguma forma, estará envolvida a sentença judicial com um *ato de fé*. Submeter-se à prova e realizar a reconhecimento processual implica uma escolha do magistrado, um *ato de fé*, de *crença* (ainda que haja diferenças consideráveis aos dois níveis) na versão que se está elegendo. Na raiz, como sua própria condição de existência do julgamento, está o *sentir*, um *ato de crença* sobre aquilo que fora demonstrado no processo. A circularidade entre *crença* e *saber* já fora antevista no universo jurídico por Carnelutti. Percebia ele que na *escolha* derivada da *certeza jurídica* da sentença esconde-se um a *fé*: “*questo qualcosa non può essere se non la fede.*” (CARNELUTTI, Francesco. “Verità, Dubbio, Certezza”. In: *Revista di Diritto Processuale*. Volume XX (II Serie). Padova: CEDAM, 1965, p. 08). No mesmo sentido, Cordero vê envolvida, na nomenclatura das funções narrativas de reconhecimento, inerente à máquina retrospectiva que é o processo, onde se formulam várias hipóteses históricas que dependem de *adesão*, “*una parola-chiave, molto usata anche in sede legale: fede*” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 566).

⁸⁷² GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 228.

⁸⁷³ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, pp. 09-11 e GIL, Fernando. “O Amor da Evidência”, p. 88.

procedimento que se preze, senão a partir do que Cunha Martins refere acerca de uma afetação especial: um *desamor do contraditório*.⁸⁷⁴

Assim, poder-se-ia perguntar: bastaria, pois, pensar em constrangê-la enquanto estivéssemos pensando criticamente em dispositivos processuais voltados à limitação do poder punitivo, da exceção tornada regra, das arbitrariedades em geral, ou qualquer outro modo de *excesso*? Em grande parte, assim o é. Todavia, muito menos complicado se de todo fosse assim. Não haveria necessidade de pensar a *evidência* como componente dos mesmos contrapontos que parecem querer combatê-la. Caso particular da *prova* (e do *contraditório* a ela inerente) e dos operadores da *convicção*, representados aqui pela *crença* (expressão singular da *evidência*). Sem falar nas componentes de *presunção*, hábeis a compaginar expectativas, e tão úteis para dissuadir a pulsão por punição dos mecanismos processuais penais em sede de decisão judicial.

Pensar nos *ambientes de instalação da prova*, tal como oferecemos um painel no primeiro momento, ou, no momento posterior, percebendo os nuances nos discursos penais contentores da *ostensão* do punitivismo, é também atentar aos diversos desdobramentos da *evidência* e suas posições; propriamente, para ver-se como jogar com a maior ou menor capacidade de filtrar a sua *vertigem* antimediativa e antidemocrática. Captar as expressões da *evidência* e assegurar o mínimo de contaminação é supor sua porosidade e sopesar, até mesmo, para sua relevância nalgum ponto, onde a sua capacidade característica poderá ser fundamental em sede de um processo penal democrático. Cada mecanismo, como a *convicção* e a *prova*, veiculado pelo processo em si, a sua maneira, em princípio já está a serviço de impor algum limite às pulsões da *evidência*. O que derivará da complexidade nesta sede é que nada garante algum sucesso pleno. A tendencial contaminação entre tais elementos é que tem lugar ao invés de algum gozo regulatório total.

Começamos pelo que de mais direto e menos complexo nos indica esta construção, e guardemos para o tópico a seguir (relativo à *presunção de inocência e carga da prova*) aquilo que de inusitado, à vista descuidada, poderá intuir-se. Para já, veja-se como lidar com os materiais de *constrangimento da evidência*. Martins, desde os estudos com Gil, falará em uma *verdade da evidência* simultaneamente existente a

⁸⁷⁴ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, pp. 03 e 18.

uma *verdade da prova*.⁸⁷⁵ Se é da estrutura da *evidência* dispensar a *prova*, ela é alheia à ideia de processo em si, já que não remete para dispositivos de avaliação exteriores a sua própria proposição, como o rito: lê-se em seus sinais indubitáveis. Em matéria de *prova*, há uma distinção entre os processos e decisões, diferentemente da *evidência* em que a decisão já se condensa em seu próprio signo, sem precisar decompor seu enunciado.⁸⁷⁶ Ao pôr-se por si, *alucina-se*. Daí caberá à *prova* trabalhar esta *verdade* de modo não alucinatório. A *prova* funcionando, assim, ao retirar a verdade do recanto da *evidência*, como um vetor de correção de sua *alucinação*.

De acordo com os fatores ou condições em jogo na reflexão epistemológica como condições do próprio saber, ou seja, *condição de verdade* (CV), *condição de aceitação/crença* (CA) e *condição de justificação* (CJ), pode-se, por Gil⁸⁷⁷, designar também, na *prova*, *três figuras homólogas*. Reencontradas as condições do *saber na prova*⁸⁷⁸, o conceito de “estar provado” reúne pelo menos três aspectos inter-relacionados. A CV na *prova* equivale a uma *condição de objeto* (COB), isto é, a inspeção de um dado, a existência de um objeto. Prova-se a realidade de um fato ou de um acontecimento, versando a prova sobre uma ocorrência ou uma correlação, natural e material ou ideal. Busca-se aqui saber se as definições conceituais e formais do *objeto* da prova remetem a definições *ostensivas*. A CJ se compraz às *condições de esteio*, quer dizer, é lastreada pelos operadores da prova (*meios* de prova, como a *observação*, a *experimentação*, a *dedução* e a *presunção* que *infirmarão* ou *confirmarão* a correlação examinada). Repita-se: todas coligadas a remeter para *definições ostensivas*, que se produzem como um efeito de presença coextensivo a sua efetuação e efetividade, quer dizer, pela própria aplicação, sua definição já *se dá a ver*. A CA ou, na prova, *condição de efectuação* (depois de as *condições de esteio* terem manifestado a *compreensão* da

⁸⁷⁵ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, p. 05. Nosso trajeto segue, desde aqui simetricamente, ainda que destoante nalgum ponto, àquele da entrevista do autor com Fernando Gil em: GIL, Fernando. “Modos da Verdade (Entrevista conduzida por Rui Cunha Martins)”. In: *Revista de História das ideias*. Vol. 23. Instituto de História e Teoria das Ideais – Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 21-27 (publicada também em GIL, Fernando. *Acentos*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, pp. 83-88).

⁸⁷⁶ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 11.

⁸⁷⁷ GIL, Fernando. “A Prova”. In: *Modos de Evidência*, pp. 251-259.

⁸⁷⁸ “A proposição h será dita provada para S se e somente se S está convencido (CA) da verdade de h (CV), na medida em que h lhe aparece como justificada (CJ). Sob outras formas, as condições do saber reencontram-se na prova.” (GIL, Fernando. “A Prova”, p. 252).

prova) denuncia uma instância de autodoação ao sujeito que agencia a prova, acarretando a *convicção* (ato de ter por verdadeiro).⁸⁷⁹

A prova, como aquilo que nos convence e tendo um destinatário, possui por finalidade fazer aceitar um corpo de proposições. Inscreve-se aqui o registro da *evidência*, não tanto na ordem da mera *adesão*, mas na formação da *aceitação* desde o *modo da prova* pelo que é afetado. Pouco há para supor que os dois primeiros níveis (*condições de objeto e condições de esteio*) assegurem o afastamento de alguma *patologia da prova*⁸⁸⁰, quer dizer, quando há o enfraquecimento da *prova* em benefício do *saber*. Melhor dizendo, isto se dá quando se passa por cima dos *operadores* e das *condições de objetividade* da prova e se instala diretamente na *aceitação*.

Já se pode avizinhar que jamais a *evidência* desapareceu do campo do processo penal e do direito em geral, seja pela importância dada ao *testemunho* (que espera de si um efeito de *ostensão*), seja o papel da *convicção* do juiz, ou mesmo, de maneira mais tênue, na semiótica da *confissão* e seu “*grau zero da prova*”.⁸⁸¹ Mais profundamente, é da sua copertença que se fala, sua insinuação agenciadora sempre presente, pois ela reside nos próprios agentes destinados ao seu constrangimento. Surpreender seus variados e reconfiguráveis epicentros, originados, mais da *intensificação* do que de alguma inversão das relações entabuladas, pode dar condições para acompanhar sua vertiginosa performance.

Por meio disso que será capaz de se falar, dentro das *aporias da evidência*, num *paradoxo da prova*. Antes, devemos examinar vez mais, cuidadosamente, o que carrega consigo a formulação “isso é evidente”, a qual havíamos anunciado. Para Gil⁸⁸², primeiramente quanto ao sujeito “isso”, não se dirá evidente a respeito de uma proposição que remeta a uma promessa ou a um estado futuro. Dir-se-á sobre algo *atual* que julgamos ser *verdadeiro*. Por outro lado, aquilo a que se aplica o adjetivo evidente não é propriamente um fato, mas uma *relação* que nos parece indubitável. Malebranche acentuava este imbricamento como característica da evidência que nos fará localizá-la na *verdade do fato*

⁸⁷⁹ Importante sempre precisar que a *evidência* não é um *convencimento* que conduz à *convicção*, porque, ao contrário da *prova*, como vimos, não se constrói do exterior: “a *questão da convicção* – cabe precisar com Gil – *NÃO é a questão da evidência. A convicção acha-se no termo dos procedimentos da prova: tem de ser engendrada, conquistada, ganhada. Faz as vezes da evidência mas é uma figura dela simétrica.*” GIL, Fernando. “O Amor da Evidência”, p. 91.

⁸⁸⁰ GIL, Fernando. “A Prova”, p. 260.

⁸⁸¹ GIL, Fernando. “A Prova”, p. 259.

⁸⁸² GIL, Fernando. “O Amor da Evidência”, pp. 80 ss..

que dizemos evidente, não quanto ao fato em si.⁸⁸³ Já o indicador epistêmico do predicado “é evidente” refere-se ao percurso máximo de expectativas satisfeitas, ou seja, seu modo de asserção é o indicativo. Significa uma atualidade suposta verdadeira, que se impõe diretamente, sem depender da nossa vontade. Como *index sui*, índice de si mesma, somos forçados a consentir por algo que se dá como objetivo. Estamos a dar-lhe *assentimento*. Damos o nosso *acordo*, com toda a potência lembrada por Gil ao designar o arcaico da *evidência* que reformula o sensível em inteligível, ressoando as palavras em alemão em torno do termo «voz» (*Stimme*): acordo (*Einstimmung*) e acordo redobrado (*Übereinstimmung*), acorde de um instrumento (*stimmen*), justeza (*es stimmt*), determinação (*Bestimmung*).⁸⁸⁴ A evidência se qualifica não por uma imposição de uma verdade do exterior, antes por uma aquiescência interior a ela. Se sua palavra vem da família da visão, esta evidência vem de dentro. Mais ainda: mostra-se, dando-se a ver, estado que o termo *ostensão*, várias vezes utilizado, resume.⁸⁸⁵ A *percepção* acaba por ser a matriz. Nela não existem opacidades intermediárias, por isso, neste modo, a antinomia da *evidência* com a *prova*. Mas tal percepção e significação manifestam-se numa presencialidade direta e atual (*apresentação* no tempo presente) enunciada como *intuição*⁸⁸⁶. O que se sobressai quando a significação da proposição em questão “isso é evidente” esgota-se e funda-se em si própria, é o conceito de *identidade*. Tudo isto para conjugar a *identidade* e a *intuição* – o acesso sem intermédios a uma significação invariável e autossuficiente – e derivar a terceira característica da evidência: a *certeza*. Mais uma vez, por isso dispensa a *prova*, exatamente porque “a *certeza da evidência* é *index veri*, índice do verdadeiro, e é o verdadeiro que é *index sui* [índice de si].”⁸⁸⁷

Diante das suas condições/características, podem-se admitir as *aporias da evidência*: se a *identidade* da evidência é indeterminável/circular e a sua *intuição* desprovida de efeitos de conhecimento (é muda), a alegada *certeza* da evidência será, de sua parte, *improvável* (*racionalmente inatingível*). Como acentua Gil⁸⁸⁸, a desconstrução da certeza subjetiva da *evidência* sempre se fez em benefício exatamente

⁸⁸³ “(...) there is but one action of the will with regard the truth, which is its assent [acquiescement] or consent to the representation of the relation between things (...)” (MALEBRANCHE. *The Search after Truth*. Edited by Thomas M. Lennon and Paul J. Olscamp. Cambridge Texts in the History of Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 09).

⁸⁸⁴ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, p. 214.

⁸⁸⁵ Para um trato minucioso da questão, ver GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, pp. 119-143.

⁸⁸⁶ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*, pp. 145-182.

⁸⁸⁷ GIL, Fernando. “O Amor da Evidência”, p. 86.

⁸⁸⁸ GIL, Fernando. “O Amor da Evidência”, p. 91.

da exigência de *prova*. Mas não é a *evidência* o fim último da *prova*? A *prova*, de certa maneira, sendo vista como uma adequação do dizer ao objeto, em que o pensamento se enuncia a si, não seria esta adequação o equivalente da *evidência*?

Apenas nesta medida de adequação equivalente à *evidência* que a *prova*, submetida a sua série de constrangimentos e critérios, poderia ser dita como “*um regime forte do pensamento*”. Daí seu *paradoxo* ou *antinomia* da *prova*:

“A *prova* não deve ser *fraca*: *prova fraca* é aquela que se satisfaz com a *verossimilhança*, com o que se diz ser uma *crença racional*. Mas a *verossimilhança* que, fora da *lógica* e da *matemática*, é o *regime normal da prova*, não é em si um *critério satisfatório*, por mais *convincente* que seja. A *verossimilhança* não remove a *eventualidade de exceções* e de *contra-exemplos* – e as *crenças racionais* podem *revelar-se errôneas*: os *erros judiciais* assentam sempre em *verossimilhanças* e *crenças racionais*. Portanto, a *prova* tem de ser *forte*. Mas a *prova forte* revela-se de imediato *demasiado forte* porquanto não é capaz de *satisfazer as condições da prova forte* (...).”⁸⁸⁹

Enfim, sendo a *prova* crucial impossível, ou a teríamos de forma insuficiente (*fraca*) ou noutro extremo (*forte*) incapaz. O excesso que decorre desta forma, assim, dá-se em termos de uma *ostensão* (pura presencialidade que irrompe e por essa irrupção se impõe⁸⁹⁰) com efeitos fantasmáticos. A *prova ostensiva*⁸⁹¹ delinea uma exigência máxima em matéria de *prova*. Já estamos em terreno da *evidência*, por certo, que nesta *vertigem alucinatória da*

⁸⁸⁹ GIL, Fernando. “O Amor da Evidência”, p. 92. Noutro momento ainda esclarecendo: “a *prova apagógica* deve ser *rejeitada* pois é *demasiado fraca*; assim, do ponto de vista da *inteligibilidade*, será «*uma verdadeira ilusão*» (...). A *prova transcendental* é uma *prova forte*. Mas *revela-se de imediato demasiado forte*, pois não é *suscetível de satisfazer as suas próprias exigências*. As *provas transcendentais* são *circulares* ou *envolvem petições de princípio*, ou *assentam ainda em deslizes de sentido* que roçam o *paralogismo*. A *prova* parece então ou *incapaz* ou *inviável*: é como se houvesse uma *ilusão transcendental da prova*, como se o *pensamento* fosse *demasiado fraco* para *poder fundar-se*, ou como se a sua *força* o colocasse para *além das provas*.” (GIL, Fernando. “Exemplo, Prova, Pedra-de-Toque”. In: *Modos de Evidência*, p. 289).

⁸⁹⁰ No quadro da disciplina da razão pura em relação as suas demonstrações, quando Kant desenvolve a teoria da *prova* na doutrina transcendental do método, em especial primeiramente ao mencionar as *provas transcendentais*, assevera que tais devem ser *ostensivas*, *diretas*, pois aliam conjuntamente a *convicção da verdade* e a *inteligência das fontes dessa verdade*: “As *provas das proposições transcendentais e sintéticas* têm em particular, entre todas as *provas de um conhecimento sintético a priori*, que nelas a *razão*, mediante os seus *conceitos* não deve se orientar *directamente para os objectos*, mas *primeiro demonstrar a priori a validade objectiva dos conceitos* e a *possibilidade de sua síntese*. (...) Na *verdade*, a *prova* não mostra que o *conceito dado* (...) conduza *directamente a um outro conceito* (...), pois *semelhante passagem* seria um *salto* que não se poderia *justificar*; mas mostra que a *própria experiência*, portanto o *objecto da experiência*, seria *impossível sem uma tal ligação*.” (KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 623). Daí Gil retira o sentido kantiano de *ostensão*: “uma *indubitabilidade incontestável*, proveniente do *recobrimento perfeito do subjetivo* (a *certeza*, a *convicção*) pelo *objetivo* (*inteligibilidade plena da situação*).” (GIL, Fernando. *Provas*, p. 27).

⁸⁹¹ GIL, Fernando. *Provas*, pp. 26-27.

prova não mais requisita a si mesma – panorama que o *diferendo* de Lyotard dito antes vai enunciar de forma analógica.

A *prova*, deste ponto, destina-se a lastrear o *convencimento* e engendrar a *convicção*. Esta colocação não avança sem a condição de saber que não há prova sem destinatário.⁸⁹² Ademais, se o *assentimento* se apresenta em *graus*, como quer Gil desde Leibniz, o problema que se coloca é em que condições e segundo quais critérios um juízo deve ser declarado suficientemente justificado de modo a suscitar a *convicção*?⁸⁹³ A *convicção* é reconhecida assim como receptáculo do investimento probatório, no intuito de constituir a sapiência do verdadeiro. Estar convencido significa *saber o verdadeiro*.⁸⁹⁴ Entra em cena uma reconstituição de uma *atividade* pura, inteligência primitiva, ou o conceito mesmo de *pulsão* fichtiana para Gil. Esfera não subordinada à intenção, estrato inconsciente da atividade e da ação, conformadora de um *sentimento* que exprime a positividade irreduzível da sensação. É o registro pré-intencional da *convicção* que não se elide como componente deste modo subjetivo do verdadeiro. Na medida em que a *crença* e a *convicção* dizem respeito exclusivamente ao sujeito, já que esta permanece uma crença subjetiva, o modo de doação/aprovação da *convicção*, ou seja, a aceitação subjetiva, pode chamar-se *adesão*. A força da *convicção* vem exatamente desta fusão entre tendência (*pulsão*) e ato, e a satisfação daí decorrente. Sem olvidar que, “*em termos de satisfação do espírito, a tendência (o sentimento, o pré-intencional, o afectivo) prima sobre o acto (a determinação racional)*”⁸⁹⁵, o que, noutras palavras, é suficiente para dizer que o ato de conhecer não se esgota em si, mas a *aprovação* que convoca não é de natureza cognitiva.

Assim, quando se fala da natureza subjetiva da *convicção*, o que se interdita é a pretensão de uma veracidade intrínseca. O que não afasta o círculo entre a *convicção* e o verdadeiro, já vimos. Somente ele força a *convicção*. O acordo consigo, representado ao fim como ponto supremo de um procedimento submetido a constrangimentos, é que se torna índice de si mesmo, o que não deixa de pôr no centro da questão, portanto, a *crença*: “*a convicção é crença no verdadeiro.*” E será a *adesão* este sinalizador afetivo da *crença*, sem o qual não haverá *convicção*. Não há *adesão* sem *crença* e vice-versa. A *convicção* incide sobre

⁸⁹² “(...) engendrar a «convicção é o essencial da prova e que essa convicção não se reconduz pura e simplesmente à demonstração que a engendra. Uma prova que não provocasse convicção não seria uma prova.” GIL, Fernando. “Introdução – Colóquio com André Barata”. In: *Acentos*, p. 28.

⁸⁹³ GIL, Fernando. *Provas*, p. 24.

⁸⁹⁴ GIL, Fernando. *A Convicção*. Tradução de Adelino Cardoso e Marta Lança. Porto: Campo das Letras, 2003, p. 82.

⁸⁹⁵ GIL, Fernando. *A Convicção*, p. 87.

uma relação, um predicado que acaba por se desdobrar ao fim, subjetivamente, num constrangimento de aceitação, noutras palavras, numa *adesão* que investe no objeto. *Adesão* esta, importa salientar, que é do registro da *crença*. Poupa-se às operações de conhecimento, ou seja, a *crença* pula da pulsão ao objeto que ela mesma engendra.⁸⁹⁶ Em termos simples, se a *crença* se afasta de procedimentos cognitivos, sendo opostamente a *convicção* oriunda da ordem da verdade, será a *adesão* o operador epistêmico que proporcionará o contágio máximo entre ambas.⁸⁹⁷

Avançando com Wittgenstein, e auxiliado por Gil, vê-se a *convicção* como originária da atividade cognitiva e sobre a qual retorna; uma *certeza* redobrada, disposição herdada e transmitida que não exige ser provada, não requer que seja verificada em cada utilização.⁸⁹⁸ Na teoria wittgensteiniana, a certeza e seu alcance transcendental só pode ser descrita; como fundamento, não pode ser explicada. Mas o que está no cerne da mensagem do filósofo é a *confiança*: condição nativa do espírito, aquilo que permite os próprios jogos linguísticos⁸⁹⁹ e que de alguma forma habita incondicionalmente o juízo.⁹⁰⁰ Para isto basta constatar que na

⁸⁹⁶ GIL, Fernando. *A Convicção*, pp. 90-91.

⁸⁹⁷ Cf. a parelha “convicção-crença”, inerente às “questões-de-facto-questões-de-direito” (NEVES, António Castanheira. *Questões-de-facto-Questões-de-direito*. Coimbra: Almedina, 1967) nas decisões judiciais, em DUARTE, Rui Pinto. “Algumas notas acerca do papel da «convicção-crença» nas decisões judiciais”. In: *O Processo da Crença*. GIL, Fernando; LIVET, Pierre e CABRAL, João Pina (coords.). Lisboa: Gradiva, 2004, pp. 268-284. Sem esquecer o quanto isso é fundamental na sentença penal, levando a pontuar que a legitimidade das decisões judiciais é essencialmente *política*, ver BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: RT, 1980.

⁸⁹⁸ “670. Poderíamos falar de princípios fundamentais da investigação humana. 671. Vou de avião para um local do mundo onde as pessoas têm apenas uma informação vaga, ou nenhuma, acerca da possibilidade de deslocações em avião. Digo-lhes que acabo de vir de avião de... Perguntam-me se não poderei estar enganado. Têm, obviamente, uma impressão errada de como é que a coisa aconteceu. (Se eu fosse transportado dentro de uma caixa, seria possível que me enganasse sobre a maneira como viajara.) Se eu simplesmente lhes disser que não posso enganar-me, é provável que isto não as convença; mas convencerá, se eu lhes escrever o processo como vim. Então, certamente que não suscitarão a possibilidade de um erro. Mas, apesar de tudo – mesmo se confiarem em mim –, poderiam acreditar que eu sonhei ou que uma magia me fez acreditar nisso. 672. «Se eu não confiar nesta evidência, porque hei-de confiar em qualquer evidência?» (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da Certeza*. Edição Bilingue. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa. Edições 70, 2000, p. 189).

⁸⁹⁹ “(...) o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem.” (WITTGENSTEIN, Ludwic. *Investigações Filosóficas*. In: *Tratado Lógico-Filosófico* Investigações Filosóficas*. Tradução e Prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 207).

⁹⁰⁰ “150. Como é que alguém decide qual é a sua mão direita e a sua mão esquerda? Como é que sei que o meu juízo estará de acordo com o de outra pessoa? Como sei que esta cor é azul? Se não confio em mim próprio nisto, porque confiaria na capacidade de julgar de outra pessoa? Há um porquê? Não deverei eu começar a confiar nalgum ponto? Isto é: num certo ponto tenho de começar a não duvidar; e isso não é, por assim dizer, apressado ainda que desculpável: faz parte do acto de julgar (...) 509. Realmente pretendo dizer que um jogo de linguagem só é possível se confiarmos nalguma coisa (não disse «podemos confiar nalguma coisa»)” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da Certeza*, pp. 55 e 143). Noutro lugar: “o cepticismo não é irrefutável, mas obviamente falho de sentido por pretender

base mais radical haverá uma *crença* que não pode ser fundada. Para saber há a necessidade de recorrer a convicções incontestáveis. E para firmar o certo descolamento que pode haver entre *certeza* e *convicção*, o autor português destaca: “*em especial – é este o Leitmotiv de Da certeza –, o jogo de linguagem da convicção não coincide inteiramente com o da prova. (...) as convicções mais certas não são suscetíveis de demonstração*”.⁹⁰¹ Há um fundo perdido, por assim dizer, em que a prova desdobrada em certeza descola-se de uma convicção que nem sempre requer a prova.

Sobre a *convicção*, propriamente, nunca se dirá o suficiente acerca dos diversos níveis que se imbricam. Como atenta Martins, o trajeto linear seria salvacionista se sobreposições e contaminações não representassem a dimensão de *circularidade* entre *crença*, *dúvida*, *assentimento*, *confiança*, *aceitação* e *justificação*, todos eles capazes de ser “*palco de insinuações de toda ordem*” por parte das mais diversas “*expressões dos regimes epistêmicos da evidência*”.⁹⁰² Sua operatividade, em especial em sede de *convencimento*, necessita ser perquirida. Constranger a *evidência*, neste patamar retrato de pulsões inquisitoriais, além de se deparar com seu caráter instável e complexo, é antes indagar por onde passam as zonas de contágio nas quais a promiscuidade da dimensão da *crença*, sempre subsistente, dá-se convivendo com os registros alucinatórios da *evidência*. A vocação expansiva dos agentes objetos do *convencimento*, diga-se claramente, o ativismo judicial em matéria probatória, é suscetível de produzir uma colonização do processo pela *decisão antecipada*. Assim, *quando*⁹⁰³ entrar em cena o destinatário da *prova*, ou seja o juiz, acaba por aparecer como aspecto central a ser questionado.⁹⁰⁴

pôr em dúvida o que não pode ser perguntado. E isto porque só pode haver dúvida onde pode haver pergunta, e uma pergunta só onde pode haver uma resposta, e esta só onde algo pode ser dito.” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. In: *Tratado Lógico-Filosófico* Investigações Filosóficas*, p. 141). A *confiança*, segundo Gil, acaba por ser uma crença de segunda ordem, a partir da qual poderá se instituir o “jogo da prova”: “*relação «a dois», crença de segundo grau, convicção sem provas que deu provas na acção de conhecer, expressão da identidade e condição de esperança, a confiança parece ser uma atitude epistêmica de pleno direito.*” (GIL, Fernando. “Crer, Confiar”. In: *Acentos*, pp. 113-115; publicado ainda como “Em guisa de posfácio: crer, confiar”. In: *O Processo da Crença*, pp. 424-446). Cf. no mesmo local GIL, Fernando. “Senso Comum e Convicção: uma Reflexão Wittgensteiniana” In: *Acentos*, pp. 142-143.

⁹⁰¹ GIL, Fernando. *A Convicção*, p. 192.

⁹⁰² MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, pp. 21-22.

⁹⁰³ “*A única esperança, diante de tal quadro, é o juiz desconfiar, sempre e sempre, das suas próprias aparências/imagens e, de consequência, das decisões, colocando-as à prova até quando não mais for possível, em face do rito e o momento determinado para a sentença porque, teoricamente, nela, poderia encerrar sua atividade judicante no caso concreto.*” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado”. In: *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição* (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado

5.2 Novos Usos da *Evidência*: a simetria da *pré-ocupação* de inocência/carga da prova como *regras de clausura* (e de cruzamento)

A teoria das presunções e do *onus probandi* intervém em qualquer *controvérsia*.⁹⁰⁵ Com o processo penal, visto ao menos genericamente como argumentação racional contraditória inspirado pelos procedimentos retóricos da *prova*, não seria diferente. Ainda sob alguma inspiração retórica, poder-se-ia dizer que a *prova judicial*, segundo Henri Lévy-Bruhl⁹⁰⁶ trazido ao texto por Gil, é um “*mecanismo destinado a estabelecer uma convicção sobre um ponto incerto*”.⁹⁰⁷ Se, de modo mais simples, a prova é a atividade necessária para se verificar se um sujeito cometeu um delito, até que ela se produza mediante um juízo regular, ninguém poderá ser considerado culpado.⁹⁰⁸ Assim o *princípio da jurisdicionalidade* postula a *presunção de inocência*. Como assevera Ferrajoli⁹⁰⁹, desde Luigi Lucchini, para além de ser presunção “até que se prove o contrário”, trata-se de um corolário lógico-racional do próprio processo e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão pelo procedimento. Em que pese o princípio da *presunção de inocência* ter sido afirmado a todos, como se vê em Carmignani⁹¹⁰, sob reflexo de uma concepção positiva e otimista do homem,

Federal). MIRANDA COUTINHO, Jacinto e CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti de Castanho de (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13; ainda publicado antes na *Revista de Informação Legislativa* (Reforma do Código de Processo Penal). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). Brasília – ano 46 – nº 183 – edição especial, Julho/setembro – 2009, p. 112).

⁹⁰⁴ O que está, sobretudo, em causa, segundo Martins, no tocante a um sistema de constrangimentos impostos à evidência é “*o momento a partir do qual o assentimento do juiz pode substituir a tramitação do processo, sendo que o receio do direito garantístico é o de que, por norma, esse momento surja cedo demais. Ou seja: situa-se o problema ao nível da respectiva temporalidade, numa clara tentativa de, perante a inevitabilidade desse momento de assentimento, o retardar ao máximo, assim minorando a activação de um mecanismo colocado sob suspeita, digamos assim.*” (GIL, Fernando. “Modos da Verdade (Entrevista conduzida por Rui Cunha Martins)”, p. 26).

⁹⁰⁵ Controvérsias entendidas, na sua constância, como um índice de instabilidade do próprio conhecimento. Cf. GIL, Fernando. *Mimésis e Negação*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984, pp. 484 ss..

⁹⁰⁶ Cf. também, sobre o método da jurística, pp. LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 99-118.

⁹⁰⁷ GIL, Fernando. *Provas*, p. 36.

⁹⁰⁸ Naturalmente que isto não pode ser visto senão desde as três tradições que contribuíram para o pensamento científico da *prova*, quer dizer, um conjunto de proposições que formam um *corpus* de uma teoria da prova científica que representa um complexo de inteligibilidade “filosófica”, de persuasão “retórica” e de objetividade “jurídica”. Cf. GIL, Fernando. *Provas*, pp. 23-44. De forma resumida ainda em GIL, Fernando. “Três Notas sobre Prova e Controvérsia”. In: *Mediações*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001, pp. 55-68.

⁹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 549.

⁹¹⁰ “*La base della presunzione è ciò che ordinariamente accade: ma più spesso avviene che egli uomini si astengano dal delinquere, anziché commettano delitti. Quindi la legge consacra e difende a tutti i cittadini la presunzione della innocenza.*” Como uma petição de princípio que determina a maneira de decidir judicialmente, “*quanto più atroce sia un delitto, tanto maggior forza acquista la detta*

respaldado por uma valoração probabilística, independentemente da aceitação disto, atualmente é *estado* fundamental do cidadão, retrato da opção política ínsita ao Estado Democrático de Direito.

Não seria necessário se deflagrar uma disputa desta visão com o *pessimismo antropológico fascista* que inspirou o brasileiro CPP/41 diante da assunção do modelo republicano de democracia.⁹¹¹ Dispensável ainda novamente rever as odes de Alfredo Rocco⁹¹² à reação de Manzini ao Código italiano de 1930 acerca da *presunção de inocência* (já a fizemos no momento primeiro); fragilidade que impôs, segundo o Ministro de Mussolini, tantos danos à justiça criminal – por isso o Código vigoroso de Manzini centrado na incisiva intervenção capital do magistrado e seu protagonismo combinado ao menosprezo a este princípio.⁹¹³

presunzione dell'innocenza. Quindi, ove ad alcuno venga obbietato un atroce misfatto, le ordinarie presunzioni o della legge, o dell'uomo perdon gran parte del loro valore, ed un numero maggiore se ne richiede.” (CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del Diritto Criminale*. 2ª edizione napolitana sull'ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854, p. 145).

⁹¹¹ Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 155 ss.

⁹¹² ROCCO, Alfredo. “Prefazione”. In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, pp. IX-X.

⁹¹³ Avançar por cima de alguma lógica empirista encravada na probabilidade é o que nos permite, de alguma forma, não recair nas armadilhas da racionalidade fascista de Manzini – como aconselha Vélez Mariconde (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal II*. Córdoba: Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956, pp. 26-27). Manzini, em tom ameno quando discute o objeto do processo (particularmente no § I sobre *Finalidades e Interesses Processuais* do Cap. V), para ele, o processo penal terá por *finalidade* obter a declaração de certeza da realização de uma “pretensão punitiva” derivada de um delito. O seu *conteúdo* propriamente constitui esta declaração auferida mediante a intervenção do juiz. Todavia, o interesse característico determinante do processo penal é posto claramente, sem subterfúgios: “*considerati pertanto lo scopo, il contenuto e il carattere suddetti, è manifesto che l'interesse fondamentale, che determina il processo penale, è quello di giungere alla punibilità del colpevole, di rendere cioè realizzabile la pretesa punitiva dello Stato contro l'imputato (...) non già l'interesse di pervenire alla proclamazione dell'innocenza (...)*.” Por isso, instala-se numa cisão maniqueísta entre “interesse público” e “interesse privado”, como se, em matéria penal, todos os valores em jogo, principalmente os do réu, não estivessem situados na dimensão dos direitos e garantias fundamentais impostas pela finalidade política e jurídica do Estado Democrático de Direito (ver BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*, pp. 175-186). Propositivamente, comporta-se míope aos alertas, tais como de W. Goldschmidt: “*Los derechos fundamentales, como tales, se dirigen contra el Estado, y pertenece, por consiguiente, a la sección que trata del amparo del individuo contra el Estado (...)*.” (GOLDSCHMIDT, Werner. *La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)*. Madrid: Aguillar, 1958, p. 201). Assim, não interessa dizer que o principal valor a ser tutelado é a *liberdade* em razão do *protagonismo do réu*, como assevera Guarneri (GUARNERI, Jose. *Las Partes en el Proceso Penal*. Traducción Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952, p. 272) ou que processo penal deva traduzir-se como componente de um *sistema de garantias do mais débil* (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías*, pp. 15-35); patente é sustentar que “*le norme processuali penali tutelano principalmente l'interesse sociale relativo alla repressione della delinquenza*”, ou seja, “*un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole, a*

realizzare cioè la pretesa punitiva dello Stato.” Daí a liberdade individual, segundo esta ordem, mesmo que tenha algum lugar (subalterno e obsoleto, é evidente), nada a põe como prevalente. Ao chegar enfim à *tutela da inocência*, nesta parada, ao tratar do que chama de *pretesa presunzione d’innocenza*, parte-se do fato de que, não ser reconhecido como culpável não equivaleria a ser declarado como inocente. Para tanto, Manzini supõe o conceito como equivocado, “*goffamente paradossale e irrazionale*”, “*strana assurdità dall’empirismo francese*”, já que a experiência histórica coletiva ensina, segundo ele, que a maior parte dos imputados não são inocentes. Parca sustentação que destoa da argúcia do raciocínio do autor. Incide na mesma deriva da Escola positivista como faz, por exemplo, LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinqüente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007, pp. 193 ss.. Em realidade, o que era apenas a causa da prisionalização, ou seja, produto dos processos de criminalização, o positivismo criminológico enxergava sua filogenia criminal, nutrida por características estéticas (feias) assinaladas como a causa do delito. Estreito paralelismo e congruência com o pensamento de Manzini que não via razão na presunção de inocência, não a admitia com valor algum, porque sua lógica partia do final do filtro processual onde apenas vislumbrava condenados em maioria. Apenas se presume inocente, para o autor italiano, aquele contra o qual nada se prova, o que significa não dever se presumir inocente o imputado no curso da instrução e até o julgamento. Este é o sentido que encontra ao interpretar fielmente o apogeu inquisitorial de estilo: a *Ordonnance Criminelle* francesa de 1670. Ali está consignado no art. 28, V: “*Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*” [Todos se presumem bons enquanto não se prove que são maus]. A degeneração, segundo um autor que a vê como um “estranho princípio”, “sonho” ou uma “ficção”, naturalmente, apenas poderia ter começado com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* e seu nº IX. Para lastrear processualmente um regime amplamente autoritário é fundamental tornar supérflua esta presunção. Encontrava-se já nas atas do projeto preliminar o rechaço peremptório de Manzini a esta premissa que iria então sufragar o Código italiano de 1930: “*«Va anzi tutto rilevato che il progetto, come del resto il codice vigente (del 1913), respinge in pieno la assurda presunzione d’innocenza, che da taluni si vorrebbe riconoscere a favore dell’imputato. Questa è una stravaganza derivante da quei vieti concetti, germogliati dai principî della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali. Sacro e inviolabile è senza dubbio il diritto di difesa, certo e inconcusso è il principio che l’imputato non può essere ritenuto colpevole prima della sentenza irrevocabile di condanna; ma che lo si debba reputare innocente, mentre si procede contro di lui perchè incolpato del reato, è una tale enormità, una così patente inversione del senso logico e giuridico, che non può essere ammessa neppure come modo di dire. Finchè vi è un procedimento in corso (dicevo nel mio discorso al Senato) non vi è nè un colpevole nè un innocente, ma soltanto un indiziato: solo nel momento in cui interviene la sentenza si saprà se l’indiziato è colpevole o è innocente.»*” (MANZINI, Vincenzo. “Relazione Ministeriale sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale”. In: *Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. Vol. VIII. Roma: 1929, p. 22). Com estes materiais ainda lidamos hoje em dia. “Concede” o argumento inclusive o direito de defesa e seu contraditório, pois não abrirá mão de que a *gestão da prova* recaia, de alguma forma, sob os auspícios do magistrado e tenha como companheira fiel a ignorância à *presunção de inocência*. Vendo-se apenas, sob esta construção, um “indiciado culpável” a obscurecer qualquer limite à intervenção do Estado onipotente, de fato, não se justifica qualquer presunção – como se tal não escondesse, por detrás de um procedimento todo respaldado por um regime totalitário, o alijamento da liberdade como regra e a persecução e condenação a todo custo como *pré-ocupação do campo*. Então, a “*vera condizione dell’imputato*” surge deste novo distanciamento entre alguém não ser considerado culpável e dele se presumir a inocência: até a condenação definitiva, ninguém será considerado culpável, implicando, segunda esta razão estrita, que não estar certo da culpabilidade de uma pessoa indiciada significa necessariamente duvidar de sua inocência. Apesar, como dito, de uma falaciosa e cínica defesa da liberdade individual resguardada constitucionalmente, afirmando: “*nello Stato fascista il riconoscimento e la tutela della libertà individuale sono condizioni per il progresso della società (...). La legislazione fascista svolge secondo questi concetti fondamentali il principio dichiarato nell’art. 26 dello Statuto, per cui «la libertà individuale è garantita»* [Neste ponto Manzini, como se pode ver na terceira edição de 1949 da obra traduzida para o espanhol, substitui a expressão *Stato fascista* por “Estado moderno” e *legislazione fascista* por “legislación italiana” – ver *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, p. 257], não deixa de assinalar que “*ma lo Stato fascista, a differenza dello Stato democratico-liberale, non considera la libertà individuale come un diritto preminente, bensì come una concessione*

O substrato radical da *presunção de inocência* alude uma opção garantista de civilidade, como aponta Ferrajoli, “*a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable*”.⁹¹⁴ Decisão política de princípio fundamental.⁹¹⁵ Razão tão bem explicada por Carrara – em prol do maior interesse que todos os inocentes sejam protegidos –, pela contraposição entre o “mal certo e positivo” da condenação de um inocente em oposição ao “mero perigo” (de delitos futuros) representado pela absolvição de um culpável.⁹¹⁶ Máxima a ser trabalhada de forma ideal, mas que denota a radical inclinação de qualquer sistema processual. Na medida em que a falta é constitutiva, e não se alcançará a punição de todos os culpados, nem mesmo o resguardo de todos os inocentes, importará indagar, democraticamente, se é preferível termos certo número de casos de culpáveis absolvidos com nenhum risco de algum inocente condenado ou, pendente ao autoritarismo, aceitar-se-iam todos os culpados condenados, mesmo ao preço de algum inocente.

dello Stato *accordata nell'interesse della collettività* [passagem flagorosamente suprimida nas edições futuras da obra]”. Para arrematar, novamente sob um suposto “conflito de interesses”, apesar do mero “reconhecimento” do interesse relativo à liberdade individual, o elemento específico e essencial que caracteriza o processo penal “*rimane sempre l'interesse repressivo*” (MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, pp. 175-184).

⁹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 549.

⁹¹⁵ Ao ponto de Vélez Mariconde abandonar a expressão “presunção” para ficar apenas com *principio de inocência* para aludir precisamente ao *estado jurídico do imputado*: “(...) *reafirmar un principio de eterna justicia, que está en la base del ordenamiento jurídico-penal y tiene primordial transcendencia, abandonemos la fórmula tradicional que alude a una 'presunción' de inocência. Llamémoslo, simplemente, principio de inocência.*” (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal II*. Córdoba: Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956, p. 27).

⁹¹⁶ Alude o autor, com maestria, contra aqueles que denunciam em seus discursos – tão presentes nos contextos atuais de hiperpunição o qual destacamos – o suposto “escândalo político” por cada absolvição que deixa impune um delito: “*Scrisse Pastoret – vi sono nel giure penali degli assiomi così apodittici quanto possono esserlo quelli delle matematiche: e come tale; e come il più positivo fra questi; bisogna riconoscere quello che proclama – Salius esse impunitum facinus relinqui, quam innocentem damnare. Nessuno oserebbe oggidì a fronte scoperta impugnare questa verità. Ma però le tradizioni dell'antica barbarie fanno ripetere talvolta anche oggidì quella bestemmia, che una sentenza assolutoria sia uno scandalo politico. Scandalo vero serebbe vedere i tribunali condannar sempre; e dei giudici a cui sembrasse commettere un peccato assolvendo; e che tremassero come per febbre, e sospirassero come per infortunio, nel firmare le assoluzioni; senza tremare nè sospirare nel firmar le condanne. Scandalo vero: perchè con ciò assumerebbe profonda radice nel popolo la funesta idea che il giudici criminali siedano per condannare, e non per amministrare imparziale giustizia. Ciò ucciderebbe ogni fiducia nella giustizia umana, facendo ravvisare come ragione della condanna non l'esser convinto colpevole, ma l'essere accusato. Le sentenze assolutorie sono la riprova del conto. Esse onorano la magistratura, e rafforzano la fede nelle sentenze condannatorie (...). La sentenze assolutorie assodano nei cittadini l'opinione della propria sicurezza* (CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*, p. 373, nota 1). Tão longe parece estarmos de escutar o antigo conselho do Professor sobre a honra que deveria carregar as sentenças absolutórias para toda a magistratura, condição que faz com que a figura de um “juiz absolvidor” consolide muito mais fortemente a própria *confiança e segurança* dos cidadãos na função jurisdicional exercida.

Alternativa política esta fundada na linha tênue, tanto discutida no trabalho, sobre o nexos entre *liberdade* e *segurança*, que não pouco se olvida acerca da relação recíproca entre ambas. Ou seja, esquecido é o fato de que segurança genuína apenas poderá ser conquistada com o respeito à liberdade individual. Em oposição, o que avança é o enorme investimento no cerceamento de liberdades presente nas dinâmicas securitárias sob a promessa de menos risco, que acabam por acarretar nenhum acréscimo de segurança e, como resultado certo, trilham a passos largos para regimes autoritários.⁹¹⁷ Distancia-se da necessária premissa de que ambos os elementos devem estar implicados, segundo muito antes já escrevia Montesquieu⁹¹⁸, porque apenas alguma *segurança* poderá ser conquistada na medida em que houver *confiança* na não violação da *liberdade* de quem quer que seja. Os dois valores jamais vistos excludentemente que se pudesse afastar a convicção de que a segurança está assentada na própria liberdade política. A *presunção de inocência* acaba por ser não apenas uma garantia de *liberdade* como valor fundamental – e de que a *verdade* produzida validamente no processo penal não será hipertrofiada e sujeita a qualquer preço – mas de *segurança* e *confiança* dos cidadãos na prestação jurisdicional. O *medo* como sintoma que assola o inocente demonstra tão somente o compasso da quebra da função jurisdicional: “*cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho.*”⁹¹⁹ Qualquer tipo de inversão como indicou-se atrás no trabalho demonstra o obscurecimento desta regra de tratamento, recorrente nas práticas inquisitivas.⁹²⁰

⁹¹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, p. 237.

⁹¹⁸ “*Philosophical liberty consists in the exercise of free will, or at least (if we must speak agreeably to all systems) in the opinion we have of exercising our will. Political liberty consists in security, or at least in the opinion we have of security. This security is never more dangerously attacked than in public or private accusations. It is therefore on the goodness of criminal laws that the liberty of the subject principally depends.*” (MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws. A Compendium of the First Edition* – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977, p. 217; no mesmo sentido, PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*, pp. 27-28).

⁹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 550.

⁹²⁰ Assim foi visto como funcionavam as práticas de semiprova; semiculpaabilidade e semicondenação apostas na baixa Idade Média. Cf. PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*, pp. 83-92; CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*, pp. 625-658 e CORDERO, Franco. *La Fabbrica della peste*. Roma/Bari: Laterza, 1984. A jurisdicionalidade vinculada à presunção de inocência inclui-se paulatinamente no pensamento processual, a antever-se na própria postulação da definição da *pena*, e o fato dela apenas dever ser imposta após um processo de cognição. Como consagrado de forma clássica Pufendorf, em seu Livro VIII, Cap. III “*Of Power of the Sovereign over the Lives and Fortunes of the Subject in criminal Cases*”, no ponto VII sobre “*The Power to Punishing where lodged*”: “*the power of Punishing is a part of Sovereignty, and consequently that no body can properly be said to inflict Punishment upon a Man, unless he has Authority over him. (...) I think it is sufficiently clear from Reason, that Punishment, as it is the Execution of a judiciary Sentence, ought to be derived from some Superior, or from a Person who has*

Dado como pressuposto das demais garantias e elevado por Carrara⁹²¹ a postulado racional e jurídico fundamental da ciência processual, a *presunção de inocência* tem sido alvo, desde o XIX, sistematicamente do ataque do pensamento autoritário. Para chegar aos adágios fascistas de Manzini, foi antes na Escola Positivista

Authority over the Criminal. Neither is there any reason why we should be so nice in the Explication of the World Superior; for 'tis absolutely false, that every Sin leaves such a blot upon a Man's Honour and Character, that he must presently be thought no better than a Beast. Neither is it good reasoning to infer, that because such a Man is guilty of such a Crime, therefore I have power to punish him." (PUFENDORF. *Of The Law of Nature and Nations. Eight Books – Written in Latin by the Baron Pufendorf, Counsellor of State to his late Swedish Majesty, and to the late King of Prussia. Done into English by Basil Kennett, D. D. late President of Corpus Christi College in Oxford. The Fourth Edition, carefully Corrected.* London: Printed for Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, and T. Osborne, 1779, p. 770).

⁹²¹ Ademais do referido, consigna Carrara sobre o juízo criminal: "*Il giudizio penale così estrinsecamente guardato si definisce: – Una serie di atti solenni, coi quali certe persone a ciò legittimamente autorizzate, osservato un certo ordine e forma determinata dalla legge, conoscono dei delitti e dei loro autori, acciò la pena si storni dagli innocenti, e si infligga ai colpevoli.*" A origem filosófica passa, segundo ele, "(...) *la ragion di essere del giudizio penale guardato obiettivamente – pronuncia dell'uomo sullo stato di reità o di innocenza dell'altro uomo: o si cerca la ragione di essere del giudizio penale subiettivamente guardato – forme che circoscrivono l'autorità giudiciale. Passivo del primo è il solo giudicabile: passive del secondo, insieme con lui, son tutte le persone che nel giudizio intervengono.*" Como condição essencial deste juízo está a razão: "*La natura del giudizio criminale, che lo destina ad essere un atto di ragione; il suo principio fondamentale; il suo fini; concorrono a persuadere che devono esservi nel giudizio delle condizioni essenziali, assolute, indispensabili al medesimo in tutti i luoghi, in tutti i tempi, e sotto tutte le forme alle quali si atteggi. Condizioni che non possono mancarvi senza far degenerare il giure penale in un abuso di forza.*" Desta forma, os atos neles dispostos devem ser essencialmente quatro: "(...) *la contestazione dell'accusa: la prova: la difesa: la sentenza. Queste quattro condizioni; che io dico essenziali alla forma del giudizio in qualsiasi metodo; rispondono ai quattro atti essenziali che sono impreteribili in ogni ricerca che voglia istituirsi in conformità della buona logica. 1º esporre il dubbio – 2º raccogliere gli argomenti che possono chiarire il vero – 3º discutere gli argomenti raccolti – 4º decidere.*" Mas ponto fulcral dá-se quanto à prova, onde a lição é inafastável: "*La prova credettesi un tempo che non fosse essenziale al giudizio, quando nei secoli barbari si pensò che la sola accusa bastasse a costringere l'accusato a purgarsi. L'idea torta che un'accusa bastasse ad obbligare il reo a purgarsene fu quella che introdusse le ordalie, gli esperimenti, i duelli giudicarij; e per ultimo i giuramenti purgatorii del reo, e dei suoi alleati, detti conjuratores. Ma il progresso dei lumi portò alla rettificazione di cotesto assurdo concetto. (...) L'accusato non ha obbligo di purgarsi di niente; perchè la reità, quattunque presentata dall'accusa sotto forma di teorema (...) Ma col negare ha il reo bastantemente repulso l'accusa, nè altro dovere gli corre finchè l'accusatore non prova – Reus inficiando vincit (...) con grande beneficio all'umanità (...) proclamando come necessità la prova anche in criminale la regola actore non probante reus absolvendus: domma che a certi tempi parve una novità. Dopo ciò non lice più dubitare che la prova sia uno degli atti essenziali di cui non può fare a meno il giudizio penale. Può questo fatto della prova riesciere incompleto, e il risultato del giudizio sarà allora l'assoluzione.*" Natural, assim, o alerta sempre atual quanto ao lidar com a figura do réu: "*è chiaro da ciò che nel linguaggio giuridico la parola reo ha un significato assai diverso da quello in cui si adopera nel linguaggio volgare. Il reo pel volgo è il colpevole. Pel giurista il reo può essere innocente. Ed è grave errore quello di chi, per una prevenzione funesta, osi confondere il senso giuridico di questa denominazione col suo volgare significato.*" De uma forma ou de outra tudo a fundar um inalienável direito de defesa: "(...) *deve sempre ammettersi l'accusato alla propria difesa. E poichè non sempre può aver l'accusato intelligenza bastante a presentare la sua discolta, il diritto di difesa porta alla necessità di dargli l'assistenza di un difensor legale di sua libera scelta. (...) La difesa no è un privilegio, nè una concessione voluta dall'umanità. È un vero diritto originario dell'uomo, e perciò inalienabile.*" (CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*, pp. 364; 370-371; 377; 379-381 e 450-451 sucessivamente).

italiana⁹²² que o arsenal foi montado para poder munir a autoridade e o golpe decisivo sobre ela dado pelo Código Rocco de 1930. Estratégia central da toada fascista que se transportou incólume à legislação brasileira juntamente com a centralidade e controle do magistrado sobre a prova. Ambos os corolários – desprezo pela *presunção de inocência* e *gestão da prova* sobre a égide do juiz – podem ser dispostos como faces do mesmo centavo.

Não for falta de motivações que Garofalo⁹²³ considerava um absurdo a fórmula da *presunção de inocência*, exigindo, para delitos graves, como obrigatória e generalizada, a prisão provisória. A seu turno, o expoente mais denso da Escola,

⁹²² Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*, pp. 106-116.

⁹²³ Segundo esta perspectiva, contrastante supostamente a uma jurisprudência que apenas tem feito a “*proteger o delinquente contra a sociedade*” prejudicando a “*aplicação das sanções estabelecidas*” – nada distante das corriqueiras *demandas punitivas* dos hodiernos discursos de lei e ordem –, “*a prisão preventiva deveria ordenar-se em todos os crimes a que correspondem penas as quaes pode presumir-se que o reu queira evitar pela fuga ou pelo exílio voluntario; em todas as offensas a pessoas, emquanto dure a doença; em todas as offensas, seja qual fôr o seu genero, capazes de provocarem uma provável vingança de sangue; em todas as reincidências e, em geral, em todos os delictos habituaes; emfim, em todos os casos em que a natureza do crime, a índole do reu e as condições ambientes possam fazer-nos receiar a ameaça, a intimidação e o suborno de testemunhas, o desaparecimento de vestígios criminaes ou qualquer meio de iludir a perturbar a acção do magistrado.*” Isto está no foco central do repúdio aos “*myopes progressistas*” que defendiam o sistema acusatório, pois no sistema de julgamento da escola positiva (e de todo modelo inquisitivo tendencialmente) qualquer *diferimento* posto pelo rito aos sinais claros eivados na imediatividade é proibido, ou seja, não há qualquer suspensão de sentido que tenha lugar diante da *verdade apodítica* emanada da *evidência*. Dispensável qualquer prova frente à *adequação* e à *justeza* mostrada: “*antes de tudo, nenhuma necessidade de uma discussão sobre o facto quando o reu tenha sido surprehendido em flagrante ou plenamente o haja confessado e não exista motivo para duvidar de tal confissão.*” Nulo e sem qualquer sentido torna-se a existência de algum contraponto defensivo: “*nem a presença de um defensor deveria ser exigida pela lei sob pena de nullidade.*” A roda está gasta sob este exame em virtude de “*freios demasiadamente usados*” que garantem a liberdade do indivíduo e impedem o curso da condenação. Quando deve dar a demonstrar como a engrenagem opera em momento singular, as premissas da intolerância ao “*degenerado moral*” são postas claramente. É o caso da prisão automática do réu, após ter sido ele condenado ainda de maneira não definitiva, e sua posterior absolvição em segundo julgamento. À hipótese concreta de como se lidar com a *presunção de inocência*, poderá resolvê-la com a simples indenização. Dirá: “*é uma d’estas infelicidades que pode succeder ainda ao mais honesto. Mas o homem de bem, o que acima de tudo desejo em tal caso é a reabilitação da propria honra; e, por outro lado, alguns mezes de prisão não constituem um mal intoleravel, principalmente se existe o direito de indemnisação. Depois, a causa do erro deve quase sempre atribuir-se em parte á imprudência do imputado, á sua leviandade, á sua conducta excêntrica ou estranha, á má companhia em que se achava, e apenas em rarissimos casos e uma verdadeira circumstancia impossivel de prevêr-se. E é justo que a indemnisação seja tanto menor quanto mais rasoaveis eram as suspeitas que a conducta do imputado faz nascer e que induziriam em erro o primeiro juiz.*” O que não impede de arrematar o testemunho desta lógica com a afirmação da prejudicial “*anomalia da funesta maxima «pro reo»*” derivada de um grave mal do “*humorismo applicado às leis [que] não faz rir senão os malfetores e faz chorar os honestos!*” (GAROFALO, R. *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*. Seguido de um appendice sobre Os Termos do Problema Penal por L. Careli. Versão Portuguesa com um prefacio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, respectivamente, pp. 384; 394-395; 408; 410; 412-413 e 416).

Ferri⁹²⁴, dedica-se, dentro de seus modelos de justiça sumária muito além das provas de culpabilidade, a reduzi-la a mero aforismo ilógico. Os dois, em paralelismo notável, procuraram atacar a medula que erige não apenas um sistema acusatório, mas a mediação de um processo em geral.⁹²⁵

Na disputa sobre o verossímil, na contraposição das hipóteses trazidas, é sobre a *dúvida* que se fala e, conseqüentemente, sobre a solução a ser escolhida ao final. Vê-se ainda mais claramente com a implicação da *carga da prova*. A *presunção de inocência* funciona desde o mesmo operador que proíbe a gerência da prova pelo magistrado. Funciona como um *estabilizador de expectativas* que, na mesma medida que vedará o juiz de realizar qualquer diligência em caso de *dúvida* sobre a matéria de juízo, torna-se um instrumento pronto para atuar se, ao final do processo, remanescer a falta de comprovação legítima da tese acusatória. A seu modo, a *presunção de inocência* não aventa apenas uma “norma de tratamento” – daí se extrai como regra processual (como correlato lógico atinente ao fato de que o processado é inocente) a *carga da prova* atribuída à acusação.⁹²⁶ Contudo, não há nenhum *ônus* a ser suportado pelo réu para afirmar sua inocência. Poderá sim, estrategicamente, ter *interesse* de se desincumbir de algum elemento de prova, quer dizer, *provar a dúvida* com relação à prova produzida, jamais *encargo* ou *ônus*.

⁹²⁴ Para tanto, constrói um argumento mais elaborado para este “aforismo jurídico ilógico”. Inteligentemente reconhece a *presunção de inocência* ao início inclusive concedendo-lhe uma “*base positiva incontestável*”: “*a presunção de inocência, e com ela a regra mais geral in dubio pro reo tem seguramente um fundo de verdade e até é obrigatória*” para então restringi-la “*quando se trata[r] do período preparatório do juízo*”. Aceitando que apenas uma escassa minoria não se trata de “*gente honrada*” e são delinquentes, mesmo assim a confluência à *adesão* pronta aos mecanismos da *evidência* vez mais podem ser localizados: “*mas quando se trata de um flagrante delito ou de uma confissão do processado, confirmada por outros dados, esta presunção, que lhe é favorável, não me parece ter a mesma força lógica ou jurídica.*” A *presunção de inocência*, neste viés, apenas existirá num plano abstrato, pois qualquer movimento persecutório para além da investigação negá-la-á ou, ao menos, sempre a porá em dúvida. Ela será eliminada “*em todos os casos e em todos os períodos do juízo em que está em contradição com a mesma realidade das coisas*” – e já que isto para ele representa enxergar no processo penal como mecanismo maximizador da utilidade social na eliminação do *criminoso nato*, assim “*se suprimirá todo o fundamento e as demais disposições processuais que nelas se inspiram e que são verdadeiramente contrárias às razões mais claras de justiça e de utilidade social.*” (FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*, pp. 241-242).

⁹²⁵ O modelo jurídico nada mais estabelece que *a arte de disputar o verossímil*. Cf. GIL, Fernando. “Do Direito à Teodiceia: Leibniz e o Ônus da Prova nas Controvérsias”. In: *Mediações*, p. 74.

⁹²⁶ Sobre esta relação genética *presunções e carga da prova*, cf. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, pp. 179-218.

Nada adequado falar-se em *onus probatório* em sede de processo penal, porque não se trata rigorosamente de “divisão” e sim de “atribuição” da *carga da prova* ao acusador, diferentemente do que se passa no processo civil.⁹²⁷ Uma visão complexa que leve em conta a *situação jurídica* do processo penal como fez Goldschmidt,⁹²⁸ autoriza Aragoneses Alonso⁹²⁹ a pontuar a existência de *chances* que permitem *possibilidades* de que sejam obtidas futuras *vantagens* processuais para a defesa no momento da decisão. Não se trata de nenhum *dever*, podendo ou não “assumir riscos” no exercício de seu direito subjetivo de provar (melhor dizendo, exercer ou não sua *chance*) em vista de uma sentença favorável. Determinante é o poder do imputado de carear elementos suficientemente idôneos para sustentar a dúvida no pensamento do julgador, o que nada interfere na inteira *carga da prova* a ser suportada pela acusação.⁹³⁰ Não havendo

⁹²⁷ Numa visão tradicional, no processo civil, ver ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*, pp. 83-109.

⁹²⁸ Desde *Der Prozess als Rechtslage* que a teoria do processo deixou de ser para o autor uma relação jurídica abstrata e passou a se constituir numa situação jurídica: “*estado de una persona con respecto a su derecho bajo el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las leyes*”. Por certo, mais dinâmica e complexa, faz antever os laços jurídicos entre os indivíduos no processo desde “*expectativas de una sentencia favorable o perspectivas de una sentencia desfavorable*”, onde as partes podem se encontrar em situação de proporcionar, por um ato, uma vantagem processual, desde determinada possibilidade, ocasião ou oportunidade processual. Daqui, em nossa leitura, servimo-nos para bem vislumbrar a posição da defesa quanto à *carga* que se põe sobre a acusação. Sobre o acusador, do contrário, para prevenir uma desvantagem processual, em último caso uma sentença desfavorável, incumbe-lhe uma carga processual (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, pp. 46-47). Qualquer “carga” (apenas se quiser, em sentido material) que se pudesse atribuir à defesa nada tem a ver com a divisão da carga probatória com a acusação, no sentido em que não se pode confundi-la com o próprio *interesse* (não dever) que pode ter o réu de responder ao interrogatório e não permanecer calado como lhe é de direito. Goldschmidt a denomina carga de defesa menos perfeita, dependente de algum prejuízo advindo delas do arbítrio judicial, assemelhando-se, segundo ele, à carga material da prova, ou seja, atinente ao interesse da parte em que se comprove determinado fato. Completamente distinta é a ideia de carga formal da prova que dispensa o juiz de informar-se de ofício e de praticar diligências necessárias a fim de averiguar a verdade. Necessidade esta de aporção de provas imposta às partes pelo princípio dispositivo. (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, pp. 52-53).

⁹²⁹ ARAGONES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*, p. 241.

⁹³⁰ Diretamente na lição do professor alemão, importa ainda frisar, com auxílio de Alcalá-Zamorra y Castillo (Cf. ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Tomo II (nº 12-30), pp. 53-80), que as situações processuais se formam desde os *atos processuais*. Neles há que se distinguir os *atos das partes* e *atos judiciais*. Os primeiros podem ainda se dividir em *atos de obtenção* (*Erwirkungshandlungen*) e *atos de causação* (*Bewirkungshandlungen*). Mesmo que estes últimos tenham a ver com os fatores de “atendibilidade” daqueles (avaliação de validade e eficácia – são exemplos os convênios processuais, declarações unilaterais ou participações de vontade, confissão judicial, apresentação de documentos etc.; cf. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936, pp. 148-152), os *atos de obtenção* são o centro do processo, por isso atribuídos às partes em sentido estrito, dispostos a trazer um fato à

qualquer carga para a defesa, o problema apenas poderá pôr-se na dimensão da perda de uma *chance* em virtude de um *risco* de não obter o sucesso na decisão final.

Em matéria probatória, além das elementares garantias do *contraditório*, sem o qual não há sequer prova, e da *motivação*, medida mínima de controle sobre a livre convicção do magistrado, é que vem à tona a *carga da prova*.⁹³¹ Seu caráter

evidência, como é o caso das *aportações de prova*: “encaminan a impetrar una resolución de un contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez.” (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 48 e GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, p. 102). Independente de se tratar de uma *proposição de prova*, em que a parte se oferece para provar um fato concreto mediante determinado meio de prova, ou de uma *produção de prova* em que se faz eficaz diretamente este meio de prova comunicando percepções sensíveis ao juiz, resulta clara a qualidade da prova como *ato das partes*: “(...) *actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho*” (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, p. 130). Nos atos judiciais, encontram-se em seu centro as *resoluções*, que se definem como “*manifestaciones de voluntad, emitidas por el juez con el fin de verificar lo que se estima justo.*” (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 49. Ver, ainda, GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, pp. 175-185). Ademais delas, ele admite como atos judiciais, além de outros meros atos de causação e de celebração de vista e recebimento da prova, atos judiciais de *produção de prova* (“*actos que suplen o reemplazan a los actos de obtención de las partes, a saber: a) producción de prueba, en cuanto que al Juez se le permite o se impone esta actividad a consecuencia de que el medio de prueba se ha propuesto, solicitado o traído por una parte (...).*”) (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 49; igualmente em GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, p. 187) – mesmo que nos limites daquilo que fora trazido pelas partes, intervalo que identificamos como problemático em sede da expansividade inquisitiva (iremos lá adiante). Ao nosso entender, completamente condizente ao princípio acusatório está a centralidade dos *atos de obtenção de prova nas partes* – pois tem valor, segundo o autor assinala perfeitamente, não apenas o “*nemo iudex sine actore*” e “*ne iudex eat ultra petita partium*”, mas também a proibição em absoluto de se praticar diligências de prova para além das propostas pelas partes – que faz incumbi-las não somente da *proposição* mas da *produção* da prova. O que não impediu Goldschmidt de tolerar, em algum momento, a “cooperação” do juiz no enalço da prova. Admite-a, mesmo negando que o faça em favor de “*adquirir el convencimiento de la verdad*”, finalidade última, irá dizer, do processo penal (GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, pp. 64 e 68).

⁹³¹ As garantias processuais em sede probatória estão depositadas na administração da *verificação/refutação* fáticas. Aqui, segundo Ferrajoli, trabalhando-se com a lógica *indutiva*, nunca estaremos diante de alguma verdade da conclusão, mas tão só uma *probabilidade* disto (*força indutiva das provas*), pois não é possível “demonstrar” o rigor causal, mas sim sustentá-lo como plausível. Nesta atividade intelectual e, sobretudo, normativamente disciplinada, a conclusão “provada” pelo processo penal tem um valor de hipótese *explicativa de natureza probabilística*, que conecta a ação imputada à culpabilidade de um sujeito e ao conjunto de fatos descritos em premissas (pista já sinalizada por PAGANO, Mario. *Principj del Codice Penale e Logica de' Probabili* – Per service di Teoria alle Pruove nei Giudizj Criminali. Napoli: Da'Torchi di Raffaello di Napoli, 1828, pp. 59-71). Qualquer forma de regime quanto às formas de controle na investigação indutiva não poderá dispensar o aumento de plausibilidade e do grau de probabilidade de acordo com método (nada mecânico, profundamente inventivo e confiado à imaginação) de *confirmação* e *refutação*. A estrutura lógica da prova dá-se nesta parêntese: *confirmação/refutação*. Não se trata, na indução judicial, segundo Ferrajoli, de demonstrar a verdade de uma hipótese acusatória, e sim *confirmá-la* ou *invalidá-la*. Por esta razão, deve-se

epistemológico, para além do jurídico, reflete, não uma lógica de valoração das provas, mas de redução do poder de verificação e denotação fática do juiz, condizente com a segurança da máxima de que nenhum culpável será punido. Como critério de justificação da convicção, ou seja, legitimador da verificação indutiva no processo, a *carga da prova* tem posto privilegiado dentro das garantias epistemológicas de *verificação e refutação* fáticas patentes. Para que indefectivelmente o puro poder não se sobreponha ao saber é que há a *necessidade da prova* concretar-se com a *carga jurídica da acusação* e não ser dissolvida em nenhum critério vazio de íntima convicção.⁹³²

Sobre a *livre convicção*, cabe antes asseverar que a superação moderna das provas legais e a sua consagração foram posto avançado de extensa tradição antes mesmo da ilustração do processo penal do séc. XVIII.⁹³³ Conservada na *law of evidence* enquanto nublada pela inquisição na Europa⁹³⁴, ela é recuperada pela cultura ilustrada imersa na lógica indutiva probatória e pela concepção clássica de processo como

falar, não em *provas suficientes* para a condenação, mas de *provas necessárias*. Há uma transposição cênica no processo acusatório de uma certa investigação científica que justificará a indução fática presente no processo desde três condições: a *carga da acusação* de produzir as provas a confirmar sua hipótese; o *direito de defesa* de invalidar tal premissa e a faculdade do juiz de aceitar como convincente a hipótese acusatória se concordar com todas as provas e resistir a todas as contraprovas recolhidas. Resumidamente, como garantias da estrita jurisdicionalidade no processo penal, teremos a *necessidade da prova*, a *possibilidade de refutação* e a *convicção justificada*. Só a partir disto é que o processo penal poderá se montar como contenda entre hipóteses em concorrência que ao juiz cabe dirimir: a carga da prova recaída sobre a acusação, aliada à contraprova das hipóteses trazidas ou mesmo contra-hipóteses compatíveis com os dados disponíveis capazes de administrar explicações alternativas, fazem com que o magistrado somente possa justificar a condenação adequadamente se: “*sólo si, además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no contradichas por ninguna contraprueba, también está en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contrahipótesis planteadas y planteables.*” A acusação com as suas hipóteses e provas e a defesa com o direito de contradizê-las, o juiz cujos hábitos não tenham distado da imparcialidade e da dúvida, neste esquema, apenas poderá aceitar como verdadeira a tese acusatória se elas forem confirmadas pelas provas capazes de sustentar a pretensão, não ser desmentida por nenhuma contraprova e prevalentes sobre todas as demais em conflito com ela. Quando não resultem refutadas nem a hipótese acusatória nem aquela em conflito com ela é que entrará em cena a conformidade do princípio *in dubio pro reo* como norma de fechamento – basta as contra-hipóteses não terem sido desmentidas para aceitá-las como verdadeiras de acordo com esta regra de jurisdicionalidade (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 151-152).

⁹³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 147-155.

⁹³³ A extensão quase infundável desta trajetória por ser percebida em FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 136-141.

⁹³⁴ DAMAŠKA, Mirjan R. *Edicence Law Adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997, p. 07-25.

disputatio (resultado de confirmações e refutações). Tal via, ligada à retórica⁹³⁵, incorpora-se aos valores democráticos e liberais. Pressupostos humanistas estes que acabarão por alimentar a estrutura acusatória do processo penal clássico, em especial a imparcialidade e o caráter alheio do juiz a respeito da contenda.⁹³⁶

A *livre convicção* já aparece neste panorama como “argumentada” (*iuxta alligata et probata*) nunca tendo entrado em conflito com a necessidade de provar.⁹³⁷ Desenvolvendo-se o caráter meramente “provável” da verdade empírica, ganha espaço a aceitação da verdade judicial, por exemplo em Pagano e Carmignani, como algo nunca absoluto ou objetivo.⁹³⁸ Neste sentido, o princípio da *livre convicção* do juiz adentra como um rechaço ao sistema de *provas legais* e torna-se intimamente ligado à *presunção de inocência* e à *carga da acusação* – ambas a solidificarem a *dúvida* como hábito profissional do juiz. Longe de ser um trivial critério discricionário da valoração, substitutivo às provas legais, indica mais profundamente as condições epistemológicas da prova (*teoria das provas legais negativas*). Resultou que, depois da Revolução Francesa não cessou de ser transformada numa fórmula tosca, idônea a legitimar o arbítrio judicial.⁹³⁹ Aquilo que deveria ser um freio às provas legais como condições

⁹³⁵ Além de um vasto apanhado da tradição em matéria de prova, cf., em particular, sobre a concepção da prova como *argumentum* ligada ao processo ático: GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 136.

⁹³⁶ Para vez mais lembrar o caráter central que permanecerá como rasgo constante da experiência processual inglesa de triste desprestígio atualmente no contexto europeu – como se verá adiante –, servimo-nos de Bacon: “*The parts of judge in hearing are four: to direct the evidence; to moderate length, repetition, or impertinency of speech; to recapitulate, select, and collate the material points of that which hath been said; and to give the rule or sentence.*” (BACON, Francis. *The Works of Francis Bacon*. Collected and Edited by James Spedding; Robert Leslie Ellis; Douglas Denon Heath. Volume XII. Boston: Brown and Taggard, 1860, pp. 267-268).

⁹³⁷ “*Il quesito ha le sue radici nella applicabilità dell’uno o dell’altro (o di entrambi) fra i due principi iudex debet iudicare secundum allegata et probate e iudex debet iudicare secundum conscientiam.*” (DOSI, Ettore. *Sul Principio del Libero Convincimento del Giudice nel Processo Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, p. 03).

⁹³⁸ PAGANO, Mario. *Principj del Codice Penale e Logica de’ Probabili*, pp. 59 ss. e CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del Diritto Criminale*, pp. 140-142.

⁹³⁹ Quando não aparece mais o legalismo das provas, escreve Cordero, sob o exemplo emblemático da legislação italiana, crítica mesma cabível a toda tradição continental: “*Il legalismo della prova non riappare più. Libero convincimento, ed è chiarissimo cosa significhi: le prove contano nella misura in cui i giudici le ritengano attendibili; e comunque concludano, devono addurre ragioni. Ma la prassi torna alla pura gnoseologia inquisitoria (allora temperata dal formalismo legalistico), sviluppando una macchina onnivora: viene utile ogni dato, comunque conosciuto; il metabolismo decisorio scinde e assimila tutto, dalle prove vietate alle non-prove (ad esempio, denunce, rapporti della polizia, scritti anonimi, l’esperimento eseguito privatamente in camera di consiglio).*” Em suma, “(...) e libero

suficientes para a condenação, converteu-se na própria negação da prova como condição necessária da “livre” convicção. De garantia indispensável a pensar a *carga da prova*, passou de forma leviana a entrar em contradição com ela.⁹⁴⁰

Esquemáticamente, a *livre convicção*, fiel à clássica *ars disputandi*, e depois ao *law of evidence*, com a montagem do procedimento inquisitório (dito misto) em 1808, é sepultada em favor da *intime conviction*.⁹⁴¹ Aquela anomalia bifronte também teve a enorme capacidade de funcionar como diluidora da *carga da prova* diante de uma fórmula vazia de “íntima” convicção. Com isto se pretendia encerrar ou deixar encoberto o problema das *condições probatórias* que justificariam a convicção (“prova adequada” ou convincente a sustentar a decisão judicial), vez mais denunciando a pouca importância epistemológica que acaba por ter a prova para a matriz inquisitiva, senão como epicentro da função produtiva do magistrado.⁹⁴²

De alguma forma, é desde esta formatação que, epistemologicamente, o critério da *livre convicção* tenta “conciliar”, por assim dizer, os dois fundamentos dos mecanismos da prova: a *argumentação* e o *testemunho*. A tensão entre os dois níveis – a saber, o primeiro de *correspondência passiva* a retratar o empírico e o outro de *construção racional* ativa e conceitual – é que se encontra neste terreno de constantes aporias.⁹⁴³ A expressão “livre convencimento”, desta forma, não poderá funcionar para justificar disfarces para a infração das regras estabelecidas.⁹⁴⁴ Nunca deixará de ser plenamente motivado, tendo o juiz o dever de justificar e exteriorizar a sua decisão com base na prova dos autos. Trata-se de realizar uma declaração na qual se pode crer e, sobremaneira, o livre convencimento, para não se converter numa chave-falsa nas mãos de um juiz que se considera onisciente,⁹⁴⁵ impõe a força do rito no lastro das partes.

Isto bem apontado, a *carga acusatória da prova* apenas fará algum sentido propriamente num processo acusatório como garantia de sua *verdade processualmente*

convincimento’ diventa la formula d’una gnosi onnivora in perfetto stile inquisitorio.” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, pp. 567 e 602-603).

⁹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 139 e 147.

⁹⁴¹ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, pp. 870-876; ademais, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997, pp. 17-40.

⁹⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 140.

⁹⁴³ GIL, Fernando. *Provas*, pp. 36-37.

⁹⁴⁴ CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*, p. 299.

⁹⁴⁵ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 602.

válida.⁹⁴⁶ A verdade desejada pelo processo inquisitivo, única e substancial, não admite a legitimidade de pontos contrastantes arbitrado por um juiz imparcial. A eminência substancialista vista na inflada verdade destes sistemas remete ao poder investigatório do juiz-inquisidor e seu protagonismo. O “*carácter monista y monologante de la actividad procesal*”⁹⁴⁷ necessita, pois, da prova, arrancada, sem mais, ao próprio acusado. Na condição de o primeiro movimento incumbir à acusação, posto que assistido o acusado do postulado da *presunção de inocência*, natural que quem deva aportar *toda* a prova a confirmar sua hipótese seja a acusação. Precisamente, é do polo atrativo do sistema acusatório que a *carga acusatória da prova* impede sujeitos diversos da acusação de desempenhar esta função. Diversos são os estilos, como vimos, mas a primazia do *fim* (de uma verdade máxima) é que estampa o horizonte de um modo de operar inquisitivo, ao contraponto da relevância dos *meios* no processo acusatório, enquanto garantias de uma verdade mínima (mais certa possível, que não se submeta a ser posta, contudo, no exílio por algum regime de sua pura negação⁹⁴⁸).

Apenas assim que uma concepção epistemológica falsificacionista de uma “prova adequada” – confirmada por uma pluralidade de provas (*modus ponens*) e não desmentida por nenhuma contraprova (*modus tollens*) – pode ser compatível com uma *livre convicção*, nada entendido como um princípio autoritário a permitir o juízo condenatório independente das provas, mas como representação da garantia de submissão de qualquer meio de prova à livre valoração do juiz e da obrigação do juízo de culpabilidade atrelada à prova.

A *carga da prova* acaba por ser, sob um aspecto epistemológico mais amplo, objeto privilegiado em qualquer modelo de controvérsia, pois representa o *entrecruzamento*, segundo Gil, de três tipos de regras: *regras sintáticas*, *regras semânticas* e *regras pragmáticas*. Bem de se notar que tais regras serão, mais precisamente, os *constrangimentos aos limites* da estrutura da argumentação, formadores do estrato transcendental, segundo Gil, das controvérsias. Quando se diz de *regras sintáticas*, reporta-se aos *modos formais de oposição dos argumentos*, que regulam tanto a abertura e o desenrolar da disputa processual (a dialética dos

⁹⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, p. 194.

⁹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 610.

⁹⁴⁸ Cf. MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, pp. 87-92 e o nosso AMARAL, Augusto Jobim do. “Algumas (re)descrições sobre a verdade no processo penal”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 202 – set./2009, pp. 04-06.

argumentos tão bem espelhada no processo penal sob o valor do *contraditório*) quanto as *regras de fechamento* que resolvem o debate (aventada pela ideia de *presunção de inocência*). As *regras semânticas* respeitam a *validação dos argumentos*, dependente das anteriores decisões sobre a quem cabe provar e quem se beneficia de uma *presunção*. Intimamente estão conectadas à *pragmática* concernente, para além das “regras” processuais, à dimensão intersubjetiva da controvérsia, sobre a qual se institui um *regime de discurso intensivo* (apaixonado) que necessita ser regulado. Assim é que o vetor de *cruzamento* presente na *carga da prova* anuncia sua singularidade.⁹⁴⁹

Importando pouco seguir estritamente a relação estabelecida por Gil entre carga da prova e *presunção* (de “todo e parte”, esta sendo abarcada por aquela), importa angariar o efeito deixado pela função da *carga da prova* como *regra de cruzamento* profundamente ligada à *presunção*. Assim, o produto ainda melhorado poderia ser obtido, não obstante, quando se observa de outro ponto mais adequado, não mais desde a *carga da prova* a englobar a *presunção de inocência*, por exemplo, em suas *regras sintáticas*, todavia desde o mirante da própria *presunção de inocência*, agora posta como *regra de clausura*, incluindo-se aí a visão da *carga da prova* como representação de sua dimensão de *norma probatória*. Assim, pode-se agregar um argumento mais rico com relação à *presunção de inocência*.

Desta forma, decidido por este registro, rigorosamente falando, poderíamos chegar ao ponto extremo, seguindo Illuminati⁹⁵⁰, de até mesmo dispensar falar em *carga da prova*, à força obviamente apenas da condição de valoração radical da *presunção de inocência*. É assim que o autor realiza ao prescrever a *presunção de inocência* como *norma de juízo*, ou seja, produto da proibição de alguém ser condenado senão quando completamente provada sua culpabilidade. Isto, sobretudo, faz-nos vislumbrar a radical *simetria* quanto aos valores aqui envolvidos, independentemente do viés abordado: *presunção de inocência* e *carga da prova*, intimamente vinculadas. A visão da

⁹⁴⁹ Dirá Gil quanto aos modelos de controvérsia em geral: “A distribuição do ónus é o objeto principal das regras processuais, no cruzamento da sintaxe, da semântica e da pragmática. São sintáticas na medida em que têm incidência sobre a ordenação dos argumentos («as jogadas»). Relacionam-se com a semântica porquanto a avaliação dos argumentos pode depender de decisões sobre saber a quem cabe provar e quem se beneficia de uma *presunção* (as *presunções* favoráveis são simétricas do ónus da prova). E são ainda pragmáticas pois processo e controvérsia decorrem da circunstância de cada contentor procurar vencer o outro. A esfera transcendental em matéria processual consiste no requisito de uma instância de julgamento.” (GIL, Fernando. “Um Modelo para as Controvérsias”. In: *Mediações*, p. 38).

⁹⁵⁰ ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. 6ª ed. Bologna: Zanichelli 1984, pp. 110 ss.

presunção de inocência, sistematicamente posta como *norma de tratamento*, *norma probatória* ou *norma de juízo*⁹⁵¹ não afasta, muito pelo contrário é aprofundada quando

⁹⁵¹ Em tese incomparável, é Maurício Zanoide de Moraes que firma tal estrutura no processo penal brasileiro, com minucioso trabalho, quase exaustivo, sobre o tema que imediatamente remetemos por sua excelência. Não que antes, por exemplo, Illuminati não tenha aberto caminho e consignado a *presunção de inocência* como *regra de juízo*, aproximando-a principalmente da concepção também de *norma probatória*, ao sublinhar a relevância forte da regra em relação às decisões sobre o fato incerto. Quando da sua aplicação nas conclusões das questões probatórias em que o juiz ficar na *dúvida* sobre qual reconstrução acreditar, dá por assentado o autor a sua função modelar de configuração do método probatório (ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, pp. 91-93). De outra parte, pondo-se todas estas dimensões referidas sobre uma mesma norma jusfundamental, sustentando que elas devem ser articuladas a fim de interagir, não deixa o autor brasileiro de diferenciá-las metodicamente em formas autônomas. Se o significado de “norma de tratamento” relaciona-se mais diretamente com a figura do imputado, os outros dois significados (“norma de juízo” e “norma probatória”) estão mais ligados à matéria probatória. Ao considerar, em especial, o *favor rei* e o *in dubio pro reo* diferenciadamente (incidentes ambos, todavia, como “norma de juízo” e aplicáveis ao nível judicial de efetivação das normas ao caso concreto), sustenta de fundamental, no primeiro, a alusão natural à ideia de *dúvida* a ser resolvida favoravelmente ao réu, enquanto, no *favor rei*, trata-se de uma escolha valorativa que não tem como causa a *dúvida*; a base informadora deles são os ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal. Isto faz o *favor rei* incidir tanto no campo legislativo quanto no campo judicial, deixando o *in dubio pro reo* fora da incidência no campo legislativo. “Não se pode confundir a *dúvida gerada pelo desconhecimento ou pelo conhecimento parcial de algo, típica do ‘in dubio pro reo’*, com a escolha que deve ser feita conforme a linha doutrinária, metodológica ou ideológica que o intérprete possua. O “*favor rei*” incide exatamente neste instante (...)” (MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*, p. 365). Em suma, o *in dubio pro reo* limita-se ao âmbito judiciário, destinado e determinado pelo caso concreto, e não projeta seus efeitos no âmbito legislativo. Propriamente, sintetizando os três aspectos (MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*, pp. 424 ss.) do *princípio da presunção de inocência*, teremos: a *presunção de inocência* como “norma de tratamento”, compreendendo a ideia tradicional mais assimilada da garantia de todo cidadão ser tratado na persecução penal como inocente, impondo-se que os efeitos da decisão condenatória apenas sejam aplicados após o seu trânsito em julgado, diretamente perceptível no art. 5º LVII da Constituição da República (certamente não o único significado extraível). A *presunção de inocência* como “norma probatória”, oriunda da doutrina espanhola, expõe que sejam necessários “aspectos objetivos” relativos a uma atividade probatória atribuída ao órgão da acusação, uma atividade lícita e incriminadora. Desta forma: o primeiro aspecto diz com “*quem deve provar*” no processo penal (que o autor chama, a nosso despeito, de ônus probatório) sem esquecer, num segundo ponto, que a prova a ser produzida pelo órgão acusador trata-se de uma “*prova lícita*”; arrematando ao entender que a prova incriminadora deve ser apta a demonstrar a materialidade do crime com todas as suas circunstâncias e a sua autoria. Por fim, como “norma de juízo”, a *presunção de inocência* não mais estaria sobre a relação de aspectos objetivos, mas imersos nas noções de suficiência, probabilidade, *dúvida* etc. peculiares à subjetividade. Esta última dimensão (onde a *presunção de inocência* informa o sentido de juízo, na medida em que traz ao nível de concretização o *favor rei* e o *in dubio pro reo*) também difere da anterior, pois somente poderá ocorrer sobre um material probatório já produzido, no instante da formação da convicção judicial. O aspecto citado tem uma conotação, segundo o autor, subjetiva na determinação da “suficiência” da atividade probatória. Ao novo ver, para que as diferenciações, a certa altura, não se tornem nebulosas ao extremo – invertendo razoavelmente o intento de delimitar as dimensões aludidas, produzindo o efeito conhecido similar àquele do mapa tão bem

o que há de determinante em sua gênese deixa ultrapassar seu mero escopo jurídico: a natureza de *regra de fechamento*⁹⁵², quer dizer, horizonte de expectativa a ser preenchido com a *decisão política* auferida na sentença quando persistir a *dúvida* a ser convertida em *certeza jurídica*.

Ao que parece ser – somos capazes de assentar nesta altura com pouca margem de erro –, também é de encontro ao caráter expansivo e incorrigível da *convicção* sobre o qual deve se dirigir o argumento acusatório como modalidade de constrangimento, lugar cativo em que adentram a *presunção de inocência* e a *carga da prova*. Isto nos conduz a perguntar: poderá dispensar, por esta via, ou ter, nalgum ponto, a *evidência* como aliada? Isto é possível? Em que medida particular? A resposta parece indicar, diga-se desde logo, que, no momento em que as *presunções* são informadas por operadores como a *confiança*, a *evidência* pode ser usada em favor de *maximizar as expectativas acusatórias*. A *presunção de inocência*, como retrato ao portador (do réu) da *evidência* como aliada, tem papel central na arena do convencimento. Ela funciona, para o bem de uma lógica acusatória, como *estabilizadora de expectativas*, quando não significando, pelo próprio mecanismo da *confiança* por ela desencadeado, a realização de um *desejo de preenchimento* de um sistema acusatório.

Na medida em que a *convicção* não poderá ser abandonada pela *crença*, e sendo o nervo dela a *adesão*, o seu grau máximo de assentimento constituir-se-á em *confiança*.⁹⁵³ Em apertada síntese, “a *confiança* é a *matriz da crença em geral*”⁹⁵⁴.

detalhado que acaba por reproduzir integralmente a realidade a representar, inviabilizando sua função primeva – nossa preocupação dirige-se (muito menos sobre diferenciações que podem se tornar estéreis) no sentido de comungar suas representações, de espreitar seus nexos, azeitar suas sobreposições, sopesar suas intersecções e confluências, com o tino de uma ideia forte de corpo de conteúdo a dotá-la de uma montagem capaz de ler estas dimensões como reflexos de sua complexidade e de sua própria reflexividade inovadora. Isto pode tornar tamanha argúcia, ao nosso interesse, prejudicial nalguma medida (talvez não deva ser desprezado o fato de Illuminati tê-lo feito sob um aspecto unitário), no momento em que se sabe – “embaralhando-se” as perspectivas – o quanto a atribuição probatória, que deve ser realizada por um órgão da acusação, quando vem à tona como exercício judicial, tem a influir derradeiramente na *convicção* da sua decisão. Aqui tais aspectos dicotômicos (“objetivos” quanto à produção da prova/“subjetivos”, quanto à avaliação do material produzido) merecem ser pulverizados exatamente para deixar evidenciado o aspecto bifronte da *gestão da prova* (neste especial, irmanação da *carga da prova* e da *presunção de inocência*).

⁹⁵² Ideia surpreendida por Ferrajoli apenas quanto ao *in dubio pro reo* (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 151), mas que merece ser amplificado seu alcance para que se retire daí os merecidos frutos.

⁹⁵³ Para Wittgenstein, certas proposições que chama de “proposições-gonzos”, porque são “gramaticais” (sendo elas que, de alguma maneira, permitem os próprios jogos de linguagem), desenham uma “imagem do mundo”, nem verdadeira nem falsa (não se provam, pois escapam

Aqui se pode explicar o porquê de às vezes se crer com razões insuficientes ou contra elas, ou mesmo o motivo pelo qual se tende a crer (a existência de uma certa propensão ao *investimento*), sem esperar a *avaliação* – vimos na prática da gestão temerária do juiz em sede probatória. A primazia da identidade, isto posto, combinada com uma certa ideia de estabilidade, irremediavelmente invoca a base epistêmica da *presunção*. Segundo Cunha Martins, “a *presunção* é apanágio da *evidência*”⁹⁵⁵, e o problema fulcral passa a ser a *gestão das expectativas* que nela se deposita. A *evidência*, mesmo que devendo ser comprimida num extremo, não se conserva alheia ao jogo probatório (pois é sua base) e pode implicar, com o seu operador de *confiança* aplicado na *presunção*, hábil mecanismo de minimização das pulsões punitivas.

Se no direito a *presunção* está a serviço da justiça, precisamente à justeza do processo – que paradoxalmente é a mediação invocada pelo operador da *prova* –, ela

desta dimensão), e funcionam como *background* de toda questão sobre esta condição. Desde esta leitura, a *confiança*, para Gil, acaba por ser uma crença de segunda ordem, a partir da qual poderá se instituir o “jogo da prova” (GIL, Fernando. “Crer, Confiar” e “Senso Comum e Convicção: uma Reflexão Wittgensteiniana” In: *Acentos*, pp. 113-115 e 142-143, respectivamente).

⁹⁵⁴ GIL, Fernando. “Crer, Confiar”, p. 110. É na *presunção* que reside o operador da *confiança* como matriz da crença em geral. Um mecanismo responsável para estimar decisões com relevo ordenador na administração da própria *segurança*, por exemplo, contra os influxos punitivos. Havendo um momento para estimar alguma categorização sistêmica, certamente este ponto consegue-se aqui vislumbrar. Tal seria: a *confiança*, via *presunção de inocência*, como tática *restritiva*, sob esta leitura, de limitação ao poder punitivo e como *oportunidade* estratégica de conferir espaço ao regime acusatório no processo penal. Este operador da *confiança*, visto como um reforço natural da *presunção (de inocência no processo penal)*, pode-se ajustar a um panorama de elasticidade persecutória que não para de multiplicar seus limites. Reconhecer estas possibilidades expansivas da punição pode dotar uma gama de meios capazes de neutralizar os perigos destas relações, além de internalizar um respaldo das *expectativas* democráticas (cf., na condição de algum foco pouco ortodoxo, LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Antropos, 1996, pp. 105-112). Todavia, não esqueçamos que a *confiança*, como um operador útil de contágio da *evidência*, será virtuoso, ao nosso interesse, apenas como produto de um investimento no *desejo* democrático, adequado à premissa *acusatória*, e distante das pulsões simplificadoras das demandas punitivas.

⁹⁵⁵ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, p. 10. Encontramos, neste ponto, uma ressalva a ser feita. Não podemos aderir na totalidade ao que o operador epistêmico da *presunção* pode indicar a uma vista rápida. Mesmo sendo vista a *presunção* sob uma lógica de mobilização, ela precisa ultrapassar os esquadrinhos da “lógica estatística”, de uma “moral do plausível”, ao menos em sede de processo penal. Do contrário, cairíamos facilmente na armadilha que acarretaria sua própria deterioração em sede de processo penal, pois, para aderir a esta premissa, bastaria o argumento aduzir, sob uma sustentação rasteira, quando não fascista, de que não haveria motivo para defender qualquer *presunção*, neste ponto, na medida em que o empirismo indicaria que a maioria dos processados acaba por ser condenado. O que, de resto, coaduna e retroalimenta uma moral punitivista ao nosso gosto nada razoável. Em se tratando de uma estética democrática, a *presunção de inocência* outorga-se, mais que um dever de tratamento, nada inconsciente, um valor radical sobre a própria escolha democrática.

deve ser acompanhada, tal como pontua brilhantemente Whateley, de uma “*pré-ocupação do terreno*”. Escreve:

“According to the most correct use of the term, a “Presumption” in favor of any supposition, means, not (as has been sometimes erroneously imagined) a preponderance of antecedent probability in its favor, but, such a pre-occupation of the ground, as implies that it must stand good till some sufficient reason is adduced against it; in short, that the Burden of proof lies on the side of him who would dispute it.”⁹⁵⁶

É a *evidência* posta diante de si mesma, à vista desarmada e a bom termo. Ou, noutras palavras, a *evidência* atuando como coadjuvante de um dispositivo, o processo penal – que, à primeira vista, sabedor da permeabilidade da *evidência*, enxerga-a como alvo a ser constrangido (pela *prova*) –, aqui é elevada ao primeiro plano da cena, exatamente para comungar esforços na contensão das *pulsões inquisitoriais* se assim quisermos. A *evidência* não só não pode ser eliminada do cenário, tal como a *verdade*, mas será hábil de ser canalizada – e o salto responsável aí estará – como uma convidada estratégica, quando não uma parceira mesma da engrenagem probatória, pronta a resguardar o *regime da prova* que se fixará também a partir dela. Diretamente dito: indissociável será um *regime de prova* alheio ao protagonismo judicial na sua coleta, ou seja, valorizador pleno do sistema acusatório, e o *assentimento da presunção de inocência* que poderá, inclusive, defendê-lo de eventuais incidências ou invasões da *evidência* em nível de complementação probatória a cargo do magistrado.

⁹⁵⁶ Segue o autor: “Thus it is a well-known principle of the Law, that every man (including a prisoner brought up for the trial) is to be presumed innocent till his guilt is established. This does not, of course, mean that we are to take for granted he is innocent; for it that were the case, he would be entitled to immediate liberation: nor does it mean that it is antecedently more likely than not that he is innocent; or, that the majority of those brought to trial are so. It evidently means only that the ‘burden of proof’ lies with the accusers; – that he is not to be called on to prove his innocence, or to be dealt with as a criminal till he has done so; but that they are to bring their charges against him, which if he can repel, he stands acquitted. Thus again, there is a ‘presumption’ in favor of the right of any individuals or bodies-corporate to the property of which they are in actual possession: this does not mean that they are or are not likely to be the rightful owners; but merely, that no man is to be disturbed in his possessions till some claim against him shall be established. He is not to be called on to prove his right; but the claimant, to disprove it; on whom consequently the ‘burden of proof’ lies. (...) There is a Presumption in favor of every existing institution. Many of these (we will suppose, the majority) may be susceptible of alternation for the better; but still the ‘Burden of proof’ lies with him who proposes an alteration; simply, on the ground that since a change is not a good in itself, he who demands a change shew cause for it. No one is called on (though he may find it advisable) to defend an existing institution, till some argument is adduced against it: and that argument ought in fairness to prove, not merely an actual inconvenience, but the possibility of a change for the better.” (WHATELY, Richard. *Elements of Retic.* Third Edition. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830, pp. 98-99 e 100-101).

Elemento, sem dúvida, dotado de uma potência estabilizadora do ordenamento e organizador de expectativas que, afinal, dotá-lo-á de maior ou menor *confiança*. Com a presunção, pode-se “*introduzir entorses no regime da prova*”⁹⁵⁷, na medida em que se antecipa uma espécie de *preenchimento* de expectativa, ou seja, antevê-se um modelo de acontecimento. A parilha *expectativa/preenchimento* é da arqueologia da *evidência* e da própria estrutura arcaica da compreensão.⁹⁵⁸ Saber atuar nestes jogos é propriamente ter a noção do quanto o *regime da evidência* é componente e pode inclusive ajudar a reforçar os lastros democráticos do processo penal.

Deve haver uma propensão dinâmica e necessária de um sistema acusatório em *constranger a evidência*, pois nela há uma vertigem antidemocrática por dispensar a prova? Sob alguma resposta mais simplória, sim. Por certo, haveria como eliminá-la? Nem se fosse possível, seria aconselhável, pois sua *permeabilidade* torna-a útil aos elementos, como a *presunção de inocência*, que darão a sustância necessária, doutro modo, à *gestão da prova* a cargo das partes, exatamente para que não recaia na sedução da imediação do contraditório. Em suma, poder-se-ia ver um “uso benéfico” da *evidência*; contorná-la sob novos usos.

Toda a *expectativa*, assim, está assentada na *constância*, na regularidade do seu sistema, condição, segundo Wittgenstein⁹⁵⁹, do exercício da própria linguagem. É da gramática da expectativa poder saber de algo, um esperar “objetivado”, sem deixar de ser intencionado. E se ela se reporta sem intermediários à realidade, como afirma Gil na sua análise de Wittgenstein, alheia a mediações, quer dizer, naturalmente, que funciona no registro da *evidência*.⁹⁶⁰

Estamos acompanhados por verbos intencionais que conduzem as expectativas, mais ou menos a exigir o seu *preenchimento*: um plano a pedir sua realização ou como

⁹⁵⁷ GIL, Fernando. “Do Direito à Teodiceia: Leibniz e o Ónus da Prova nas Controvérsias”, p. 78.

⁹⁵⁸ GIL, Fernando. “Expectativa e Preenchimento”. In: *Modos da Evidência*, p. 65.

⁹⁵⁹ Tudo se passa na linguagem, não existe distância: “*Na linguagem, a expectativa e a satisfação tocam-se*” (WITTGENSTEIN, Ludwic. *Investigações Filosóficas*, p. 418). Outras secções nos ajudam a acompanhar o tema: “*Gramaticalmente a expectativa é um estado; como é ter uma opinião, ter uma esperança, saber uma coisa, ser capaz de fazer uma coisa. Mas para se compreender a gramática destes estados tem que se fazer uma pergunta: «Qual o critério válido para determinar que uma pessoa está num destes estados?» (Estado de dureza, de peso, de ajustamento)*” (WITTGENSTEIN, Ludwic. *Investigações Filosóficas*, pp. 458-459). Mais: “*Uma expectativa está inserida numa situação, da qual resulta. A expectativa de uma explosão pode, por exemplo, resultar de uma situação na qual se espera uma explosão.*” (WITTGENSTEIN, Ludwic. *Investigações Filosóficas*, p. 461).

⁹⁶⁰ GIL, Fernando. “Expectativa e Preenchimento”, p. 70

uma esperança aguardando ser satisfeita.⁹⁶¹ A *presunção de inocência*, vista deste plano, é uma hipótese firmada pelo regime democrático. Uma lei sobre a qual se firmam as demais proposições, uma intenção que antecipa de certa forma a realidade processual de maneira muito particular, quer dizer, satisfaz-se convocando um *estado* de coisas que a preencherá. É nesta *copertença* entre *expectativa* e *preenchimento* que se poderá fundar algum *desejo* de sistema acusatório. Se a lógica epistêmica da *evidência* nos autoriza a compreender um campo processual penal de *experiências*, somado a um *horizonte de expectativas* informado pelo sistema acusatório (o juiz-espectador da prova), uma *vontade de preenchimento* pode bem ser auxiliada pelo operador da *presunção de inocência*. Na condição da *expectativa* convocar, em todas as situações processuais, o estado de inocência que a preencha, ou seja, que fixa o seu regime de *preenchimento*,⁹⁶² a *evidência* – via *presunção de inocência* – acaba por ter entrada privilegiada nos *regimes de gestão das expectativas acusatórias* de um sistema processual penal.

5.3 Passagens – sobre a escala europeia dos inquisitorialismos

Antes mesmo de adentrarmos no perfil rigoroso dos nós górdios do processo penal brasileiro atual, suas transformações e interfaces políticas com relação à prova, sob o ponto de vista do direito comparado, podemos assimilar o quanto o fluxo inquisitivo dos regimes de protagonismo judicial se veem bem espraiados na cultura do processo penal europeu. Não será surpresa – já que aceitamos a enorme permeabilidade inquisitorial em qualquer sistema processual penal que examinemos – os diversos casos, sob diferentes modelos processuais penais pela Europa, da aceitação e regulação legal da atividade *ex officio* do magistrado em matéria probatória em diversos momentos; que, ao fim, como visto, compromete não só sua imparcialidade, mas abre vazão aos *modos de evidência* pela sua *performance* persecutória em substituir/complementar a função de acusar, conscientemente ou não. Como aspecto central, o espectro da autoria dispositiva (do magistrado) sobre a prova, como índice de determinação dos inquisitorialismos, é encontrado nos diversos modelos mais díspares, chegando até

⁹⁶¹ “«Um plano, enquanto tal, é algo que não está ainda satisfeito». (Como o desejo, a expectativa, etc.). O que quero dizer é o seguinte: é a expectativa ao está satisfeita, porque é a expectativa de alguma coisa; a crença, a opinião, não está satisfeita porque é a opinião de que uma coisa se passa, uma certa coisa real, uma certa coisa fora do processo de formar uma opinião” (WITTGENSTEIN, Ludwic. *Investigações Filosóficas*, p. 415).

⁹⁶² GIL, Fernando. “Expectativa e Preenchimento”, pp. 75 e 77.

mesmo, com a aproximação e entrecruzamento de institutos do processo penal inglês com a tradição do direito continental, a atingir práticas de matrizes extremamente opostas como as do *common law*. Vejamos isto em grandes linhas, o suficiente para, de forma panorâmica, apontar a constância dos inquisitorialismos em termos do velho continente.

No processo alemão, não sendo do tipo em que se confrontam as partes, compele o § 244, II, StPO, que constitui o núcleo do processo penal alemão em termos de “colheita” ou administração de provas, que o tribunal deve buscar as provas necessárias para a decisão, pois consagrado ali está o direito à busca pela verdade material pelo juiz.⁹⁶³ Sem esquecer que, antes, na fase intermediária (*Zwischenverfahren*) de investigação já está presente um juiz profissional que, tomando contato com os atos investigativos, pode prejudicar o acusado. No sistema processual penal belga, em que pese as poucas previsões sobre a prova, o juiz não está obrigado a ordenar a produção delas, quando requeridas pelo acusado, se as que ele (juiz) já produziu formaram sua convicção quanto à condenação, bem como não está obrigado a ouvir testemunhas se acreditar que elas não ajudarão ao estabelecimento da verdade.⁹⁶⁴

No sistema francês, desde 2000, há na fase de investigação preliminar um *juiz de liberdades e da detenção*, com independência do *juiz de instrução*, que decidirá sobre a custódia do acusado; ademais, a própria Corte de Cassação declarou a incompatibilidade entre as funções de instrução e julgamento, assegurando a separação entre as autoridades responsáveis pela persecução e aquelas responsáveis pelo julgamento, corolário de seu artigo 427 do Código de Processo Penal: “*o juiz decide com base na livre convicção, e somente pode fundamentar a sua decisão em provas que lhe foram apresentadas no julgamento e debatidas numa audiência em contraditório perante a sua presença*”. No Tribunal Correcional, o juiz é o encarregado do julgamento e organiza o debate sobre a prova. Após cada testemunho, além das partes, ele fará as perguntas que julgar necessárias (art. 454 §1º). Não obstante a obrigatoriedade do debate contraditório sobre as provas, está prevista a suplementação a cargo do juiz de provas em caso de insuficiência (art. 463). Em termos gerais, a partir de 1993, foram bastante incrementados os direitos das partes na busca pela prova (arts. 92 – 1; 81 §9º;

⁹⁶³ JUY-BIRMANN, Rudolphe. “O Sistema Alemão”. In: *Processos Penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 19 e 46.

⁹⁶⁴ PESQUIÉ, Brigitte. “O Sistema Belga”. In: *Processos Penais da Europa*, p. 126.

156 e 175), mas ela segue não sendo somente uma carga do Ministério Público, mas da polícia e de todas as outras autoridades envolvidas, a saber: o juiz de instrução e a Câmara de Instrução, o escabinado (e seu juiz presidente), o Tribunal Correccional e o Tribunal de Polícia.⁹⁶⁵

Na Itália, para além do já aventado no apartado anterior, presente um fundo muito mais complexo em virtude da reforma de 1989, que consistiu primordialmente numa reformulação das regras governadoras da prova.⁹⁶⁶ Mesmo assim, manteve-se o poder do juiz de controle ou de complementação no caso de qualquer omissão das partes:

“a dire il vero, le norme che attribuiscono al giudice poteri officiosi di iniziativa probatoria sono tali e tante, che neppure nel sistema vigente si potrebbe definire ‘eccezionale’ l’intervento del giudice in veste di promotore di iniziative probatorie. Semmai, c’è da sottolineare che tale intervento, in via generale, è previsto essenzialmente a integrazione di poteri già esercitati (o non esercitati) dalle parti – e dunque solo dopo che queste abbiano potuto prendere delle iniziative (v. con attenzione, in particolare, gli artt. 506 e 507 Cpp) (...).”⁹⁶⁷

A investigação preliminar é conduzida pelo Ministério Público, e o juiz nesta fase tem papel passivo em matéria probatória, em tese, desmuniado de influência sobre a orientação da investigação; era ele o antigo juiz de instrução que deu lugar a um juiz para as investigações preliminares, a quem foi conferida a supervisão e a tomada de decisões sobre medidas restritivas de direitos fundamentais. Há que se dizer que não será o mesmo juiz das investigações preliminares aquele presente na audiência preliminar.⁹⁶⁸ Em patamar de decisão, apesar do sistema de “autos duplicados” que limita aquilo que poderá servir de prova no julgamento pela Corte, segundo o artigo 506, o juiz presidente poderá apontar novas ou mais amplas áreas em matéria probatória que sejam importantes (oitiva de testemunhas, do acusado ou da vítima), e ainda de ofício formular questões complementares às testemunhas, peritos e assistentes técnicos. Mais, segundo o artigo 507, a Corte também poderá tomar iniciativas para remediar o conteúdo da investigação produzida pelas partes, sugerir novos caminhos que possam

⁹⁶⁵ DERVIEUX, Valérie. “O Sistema Francês”. In: *Processos Penais da Europa*, pp. 167, 185 e 205.

⁹⁶⁶ UBERTIS, Giulio. *Sistema di Procedura Penale I – Principi generali*. Seconda edizione. Torino: Utet, 2007, pp. 43-103.

⁹⁶⁷ CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*, p. 282.

⁹⁶⁸ PERRODET, Antoinette. “O Sistema Italiano”. In: *Processos Penais da Europa*, pp. 357-368 e 395.

levar à obtenção da prova, questionar, ela mesma, as testemunhas e mesmo decidir, de ofício, pela produção de prova. Assim corrobora a Corte Constitucional e sua interpretação concernente aos mais amplos poderes do Tribunal na produção de novas provas, justificada pela busca da verdade e pela limitação em matéria probatória das partes (CC, paradigmática decisão nº 111 de 24/06/1993).⁹⁶⁹

Após o fenômeno de “*riforma della riforma*”, operada pela legislação de emergência de combate ao crime organizado, juntamente à jurisprudência da Corte Constitucional, na década de noventa, o juiz agora pode considerar sob peso idêntico as provas produzidas na fase de investigação e aquelas havidas sob o contraditório. Ambas, atualmente confrontadas em julgamento, dissolvem a separação dos “autos de julgamento” e os “autos de persecução” e, sobretudo, o que se verifica é o aumento vertiginoso dos poderes do juiz para preencher as lacunas probatórias sempre que necessário ao estabelecimento da verdade. Ao juiz, suma, de ofício, lhe é permitido amplamente a obtenção de novas provas.⁹⁷⁰

Na Inglaterra, tradicionalmente, como visto, estabelecidos, ao menos em regra, desde a cláusula 29 da Magna Carta de 1215, estão o princípio da legalidade, do devido processo legal, os princípios para o desenvolvimento do *habeas corpus*, o julgamento em prazo razoável e o julgamento pelo júri. Outro momento “constitucional” importante, sabe-se, foi o *Bill of Rights Acts*, em especial para a limitação aos excessos nas penas. Por um longo percurso até se chegar, em 1998, ao *Human Right Act*, mais tarde incorporando a Convenção Europeia de Direitos do Homem, a jurisprudência fortemente fazia emergir como valores primordiais a presunção de inocência, a oralidade da prova, a publicidade do julgamento, o contraexame do réu às testemunhas da acusação e, fundamentalmente, a determinação “acusatória” do processo penal inglês, “*no sentido de que o arrolamento e a realização de perguntas a uma testemunha no julgamento é tarefa da persecução e da defesa e não do juiz (R. x Grafton, 1993, QB 101)*”.⁹⁷¹ Diferentemente da França, Bélgica e Alemanha, por exemplo, funda-se uma clara divisão de funções, particularmente as de investigar e julgar, pois o que marca o modelo é a não centralidade da busca da verdade como função maior da Corte. Por longa tradição – se tal já não fosse por si um desnecessário pleonasma a ser dito –, é encarado como tarefa da acusação, acusar; da defesa, defender, e, do Tribunal, de fato

⁹⁶⁹ PERRODET, Antoinette. “O Sistema Italiano”, pp. 390 e 395.

⁹⁷⁰ CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*, pp. 28-32.

⁹⁷¹ SPENCER, J. R. “O Sistema Inglês”. In: *Processos Penais da Europa*, p. 252.

decidir – o que atualmente vem sendo pulverizado pela jurisprudência, aceitando-se que os juízes exerçam o poder de convocar testemunhas que não foram arroladas por nenhuma das partes, ainda que supostamente para proteger interesses do réu (ver R x Wellingsborough JJ, ex p. François (1994) 148 JP 813 e R x Haringey Justices, ex. p. DPP (1996) QB 351).⁹⁷² Na fase de investigação, a prova de investigar compete à polícia, tendo o juiz, usualmente um magistrado leigo, o papel puramente reativo no que tange à produção da prova, autorizando ou não a polícia a agir. Todos os poderes de polícia na obtenção da prova são regulados pelo *Police and Criminal Evidence* (PACE), de 1984, que também é a lei em matéria probatória e, juntamente com a jurisprudência, acabam por definir as formas como a prova pode ser apreciada em julgamento.⁹⁷³

De toda forma, sob uma análise tópica do panorama geral no continente, seguindo Denis Salas, apesar das oposições que se podem criar pela noção de modelos inquisitivos e acusatórios, atualmente há um quadro que

*“qualquer que seja o sistema processual, o juiz tem poderes para tomar medidas coercitivas em qualquer etapa do procedimento. Ele está envolvido na audiência tanto na produção de provas como na prolação da decisão.”*⁹⁷⁴

O que acaba por ser estranho as suas funções é apenas a sua divisão inicial no desencadeamento da persecução. Quanto aos seus poderes na fase de investigação,⁹⁷⁵ há clara distinção entre os países em que o juiz pode agir de ofício e aqueles em que não. Apenas na França e Bélgica, o juiz de instrução pode desenvolver a investigação pessoalmente (subestimada naquele país, pois trabalha com apenas 8% dos casos, os demais ficando a cargo do Ministério Público e da Polícia), mas na prática acaba por dar as diretrizes e coordenar o trabalho daqueles. Em ambos os países, ainda há idênticos poderes de investigação conferidos ao juiz presidente da corte de apelação e ao presidente do escabinado. Dentro de toda a panóplia de países referidos, ainda que a função de investigação esteja a cargo da polícia, o juiz responsável pela investigação na Alemanha e o juiz das investigações preliminares na Itália ou os juízes de paz ingleses asseguram que tais estejam em conformidade com os limites legais. Na audiência

⁹⁷² SPENCER, J. R. “O Sistema Inglês”, p. 275.

⁹⁷³ SPENCER, J. R. “O Sistema Inglês”, p. 309.

⁹⁷⁴ SALAS, Denis. “O Papel do Juiz”. In: *Processos Penais da Europa*, p. 525.

⁹⁷⁵ Sobre os diversos modelos de investigação preliminar, também em estilo comparado, cf. LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ªed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 243- 284 ss..

preliminar os poderes de investigação do juiz inglês são usados apenas em circunstâncias raras, ao contrário da Alemanha, onde numerosas medidas investigativas podem por ele ser sancionadas. Na Itália, o juiz italiano também tem o poder de introduzir provas de ofício, desde que isso possa implicar a falta de fundamento da persecução (art. 402).⁹⁷⁶

Na audiência em si, onde entra em jogo a interface do juiz e a ausência/presença de poderes investigatórios, ele realmente assume a função de investigação, em maior ou menor medida, nalgum momento, em todos os casos examinados. O Código de Processo Penal alemão inclui o princípio da investigação no julgamento por iniciativa do juiz (*Ermittlungsgrundsatz* ou *Inquisitionsmaxime*), que o impõe, como vimos, à descoberta da verdade. Tal como o juiz de instrução francês, ele preside o processo podendo fazer acusações formais, convocar testemunha e determinar a produção de provas. O juiz italiano, ainda que imerso pretensa ou tendencialmente num modelo acusatório, não deixa de ter poderes investigatórios. Poderá, depois de as partes terem produzido a prova, complementá-la, diga-se vez mais, sempre que entender “absolutamente necessário” (art. 507). Enfim, não há como pensar que haja separação completa das funções investigativas e a tomada de decisão nos modelos europeus. Ao que parece, existe

“uma escala móvel dos poderes de investigação exercidos pelo juiz: subsidiários, mas ainda presentes na Inglaterra, enquanto na Itália eles são atualmente encontráveis no juiz do julgamento de mérito mais do que era usual e, na Alemanha, entre os mais significativos poderes exercidos encontráveis tanto no juiz de instrução responsável pela fase de investigação preliminar como pelo juiz que presidirá a audiência de mérito.”⁹⁷⁷

Ademais, de forma direta, quanto à relação do juiz e a produção prova, pode-se antever duas maneiras de se abordar esta questão. Em sistemas, como na Inglaterra (e, em princípio, na Itália, hoje cada vez menos, e até em certos momentos mais radicalmente em contrário), nos quais a prova é produzida oralmente, os poderes relativos à produção são exercidos apenas pelas partes. Em oposição, está o caso belga e francês, onde a larga tradição inquisitorial do *Código de Instrução Criminal* e seu sistema misto, em que ao juiz é confiada a descoberta da verdade, tais poderes probatórios são exercidos conjuntamente às partes. Neste ponto, uma amálgama em

⁹⁷⁶ SALAS, Denis. “O Papel do Juiz”, pp. 526-528.

⁹⁷⁷ SALAS, Denis. “O Papel do Juiz”, p. 529.

sede de prova é alcançada na Alemanha: prevê a sua produção oral conferindo amplos poderes investigatórios ao juiz. É o princípio de que deve buscar a prova por iniciativa própria que lhe assegura papel francamente ativo nesta área, em parêntese com o desempenho do acusador público na fase de investigação. Em sede de jurisdição inglesa, facilmente poderíamos nos enganar ao distanciá-lo, hoje em dia, dos demais modelos. Ao juiz lhe é conferido um poder real para proceder à oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes. Desde 1993, com a recomendação da Comissão Real sobre justiça Criminal, agora tal poder está disponível à Corte da Coroa ou para a Corte de Magistrados, que terão, pois, o dever de insistir na oitiva de testemunhas em circunstâncias nas quais isto seja essencial para o estabelecimento da verdade. Um radical *paradoxo*, segundo Denis Salas⁹⁷⁸, instala-se no seio do *adversarial system*⁹⁷⁹: ao mesmo tempo, deve o juiz levar em conta apenas a prova apresentada pela parte, mas também ignorá-la, na medida em que busque a verdade por ele mesmo, estando sempre pronto para intervir na produção da prova.⁹⁸⁰ Há um claro esvanecimento das diferenças de um sistema continental para aquele oriundo do *common law*, a ponto de se poder afirmar:

*“não há mais um hiato pronunciado entre o sistema inglês e os continentais, aquele acusatório, estes inquisitivos. Não se pode mais dizer que de um lado do Canal da Mancha o juiz limita-se a monitorar o debate em audiência e não desempenhe qualquer papel que seja na investigação e no veredicto, enquanto do outro lado ele é ativo durante a investigação, mas sujeito às restrições legais quando chega a hora do julgamento.”*⁹⁸¹

O autor francês supõe ainda, dentro de uma rede de obrigações legais identificada de acordo com o grau de coerção que o juiz exerce sobre os atores do julgamento criminal, como ângulo homogêneo dos poderes do magistrado no padrão

⁹⁷⁸ SALAS, Denis. “O Papel do Juiz”, pp. 533-4.

⁹⁷⁹ Sobre a saga da emergência do *adversary criminal trial* na Inglaterra no século XVII, muito mais como um tópico de uma história legal do que propriamente de uma teoria jurídica, quer dizer, denotando proximamente a movimentação de como viver sobre um processo penal o qual não há rigorosamente uma teoria adequada a conduzi-lo, ver LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2003.

⁹⁸⁰ A progressiva concentração de poderes nas mãos do juiz, mesmo no contexto *adversarial* anglo-americano, tem feito o magistrado não mais um árbitro da correção do comportamento das partes na introdução das provas, mas alguém que busca informações quando alguma questão não restou esclarecida. Ver este contexto, principalmente depois do declínio dos julgamentos pelo júri, tendência central no século XX, em DAMAŠKA, Mirjan R. *Edicence Law Adrift.*, pp. 125-142.

⁹⁸¹ SALAS, Denis. “O Papel do Juiz”, p. 555.

européu, a despeito de tudo, aquele de *garantidor das liberdades individuais*, as quais tornam-se impossíveis de ser exercidas em qualquer sistema em análise senão pela figura do juiz. A força jurisdicional consolidada e a pressuposição de seu agir, quando estivermos falando de alguma restrição das liberdades individuais, é diferencial de sua função, naturalmente inscrita pela Corte Europeia de Direitos Humanos.⁹⁸² A autoridade judicial “faz questão”, noutros termos, sempre quando se falar em derrogação do princípio da liberdade individual. Esta face de *defensor dos direitos humanos*, ao nosso juízo, com toda a importância que carrega, não pode obscurecer o pano de fundo que faz pairar uma outra dimensão de *paradoxo*.

Um novo juiz europeu para os direitos humanos, como advoga, diante do futuro do processo penal europeu⁹⁸³, calcado no ideal de liberdade, em primeiro plano, parece predominar como único papel comum a todos os países estudados: garantidor dos direitos individuais da pessoa frente aos riscos criados pelo poder do Estado. Outras funções exercidas dependeriam de fatores existentes em cada escala cultural nacional.

⁹⁸² SALAS, Denis. “O Papel do Juiz”, pp. 552-554.

⁹⁸³ Segundo Tiedeman, premente notar a importância central dada à matéria probatória – e, por consequência, do ativismo persecutório judicial como um todo em patamar europeu – como ideia de um regramento mínimo necessário supranacional europeu, a partir do seu incremento em sede do “Corpus Iuris”. Do direito probatório emergem normas básicas sobre matéria de cooperação jurídica, de validação mútua dos procedimentos probatórios de luta contra o terrorismo, criminalidade econômica e crime organizado: “*La relativa independización existente en la introducción de un procedimiento de admisibilidad de la prueba y su valoración como acto procesal propio, no sólo impulsaría el proceso político de integración de la unión Europea, sino que también sería idóneo para dotar a la teoría del proceso penal de un fundamento renovado. Que la iniciativa para esta nueva orientación deba surgir del Derecho probatorio, es consecuencia de su papel central en el proceso penal.*” (TIEDEMANN, Klaus. “El Futuro del Proceso Penal Europeo”. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords.). *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*, p. 449). Tal como uma mercadoria, agora a *prova* que é posta a circular livremente, sendo aceites fracos controles jurídicos de empréstimo e validação probatória na comunidade europeia, com o reconhecimento recíproco das medias coercitivas e principalmente das provas. A construção de uma Procuradoria Europeia em matéria Financeira demonstra plenamente a centralização da persecução e os efeitos daí decorrentes, não sendo excessivo o alerta de Schünemann (trazido por Kai Ambos com menor teor) quanto a um *overkill inquisitivo* (In: *Strafverteidiger* 2003, p. 118) em escala europeia, até mesmo tendo em vista o completo descompasso com relação à criação de uma organização da defesa penal nos mesmos parâmetros da persecução penal europeia (Cf. AMBOS, Kai. *Processo Penal Europeu: Preservação das garantias e direitos individuais* (Princípios processuais e análise da Convenção Européia de Direitos Humanos). Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 30-33 e 124-127). Esta “capacidade de circulação” e “reconhecimento mútuo” da prova introduzida ao menos desde o *Corpus Iuris* de 2000 (artículo 33, apartado 2) não deixa de ser um desdobramento de certa homogeneidade probatória que tem como cerne um preocupante protagonismo judicial em larga escala. Em suma, a presente tendência central de um “meio de prova europeu” parece ser o epicentro de algum futuro processo penal no velho continente.

Contudo, por outro lado, não haverá de se notar uma dinâmica de maior ou menor ativismo judicial em matéria processual penal como pano de fundo estrutural comum? O exame da prova e seu dispositivo autoral não permite afirmar a existência de um *juiz ativo*, em maior ou menos grau, mas ainda sempre *ator*? Pelo constatado, tendemos a responder as questões de forma afirmativa.

É na mesma medida em que é identificado como garantidor dos direitos humanos, especialmente visto como tutor das ingerências à liberdade individual, que a ele se conferem amplos poderes de disposição probatória, ou seja, infla-se seu local de persecução. Pode-se, com isto, aduzir tal ponto como elemento também comum, tão genuíno quanto qualquer outro, à face do novo magistrado em escala europeia. Se o juiz deve ser definido em função dos direitos individuais que deve proteger, não se perca que tal herança comum buscada virá acompanhada de uma variável sempre presente, atinente à extensão que envolve a produção de prova pelo magistrado.

O que estamos a apontar é que se há certo contorno comum ao perfil do juiz, em algum teor, por uma dimensão louvável e acertada atrelada à função de máximo garantidor da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, por certo, deve-se antever o preço, o contraponto paradoxal advindo deste alcance: o refluxo da *inquisitorialidade* permanente⁹⁸⁴. Quando alguma *ideia de Europa*⁹⁸⁵ busca-se construir paulatinamente, não se olvide dos elementos que possam a acompanhar – particularmente no que concerne ao processo penal e à figura judicial de defensor dos direitos humanos –, atinentes à dilatação de seu lugar na condução da produção probatória conjugada a seu registro inquisitorial.

⁹⁸⁴ “*Eccessivamente semplificatrice è comunque la tendenza a ridurre la questione del rapporto fra cultura ‘accusatoria’ e cultura ‘inquisitoria’ nei termini di un radicale contrasto tra ‘mentalità moderna’ e ‘oscurantismo di ascendenze medievali’.* In realtà, alcuni tra i tratti più significativi della concezione ‘accusatoria’ del processo sono stati sviluppati sulla base degli insegnamenti e della pratica di ‘retori’ e giuristi proprio dell’età di mezzo, mentre il persistere di una mentalità ‘inquisitoria’, nelle odierne legislazioni e negli atteggiamenti concreti di parecchi operatori dei tempi nostri, ha potuto avvalersi anche del clima di esasperata fiducia nelle risorse di metodi ‘scientifici’ di accertamento di fatti e di valutazione delle personalità, sviluppatosi soprattutto con il positivismo scientifico (...)” (CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*, p. 13).

⁹⁸⁵ Para um estudo pluricontextual, num momento de importantíssimo debate acerca das questões das fronteiras, do espaço, do alargamento e da (re)construção da Europa, mormente sobre as emergentes configurações políticas da União Europeia, cf. RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (coord.). *Ideias de Europa: que fronteiras?* Coimbra: Quarteto, 2004.

Na condição de algum registro comum, suma, aludido nas diferentes experiências processuais penais na Europa atualmente, ele não poderá distar de levar em consideração o exame do cariz inquisitorial que o acompanha. Pouco falível a constatação de que, diante da estrutura que se alinha no horizonte europeu de protagonismo do magistrado, estejamos tendencialmente num ponto tão radical de cristalizar e esconder um modelo inquisitório (os ditos “modelos mistos” de outrora). *Up to date*, para convocá-lo – tal como oferece em paralelo Roxin⁹⁸⁶, acerca do processo penal alemão – poder-se-ia enganosamente chamá-lo de um *tipo de processo autônomo*.⁹⁸⁷ A configuração política do processo penal europeu vem se aproximando da lógica que afirma ser diferente dos processos penais inquisitivos de direito comum e do processo penal inglês em sua forma clássica. Falar-se-ia num “*procedimiento acusatorio com principio de investigación*”, que assume a influência do direito francês (diga-se, “sistema misto” reencarnado, agora noutra momento). Tal clara (por isso, esdrúxula) estrutura inquisitiva já não mais nos surpreende ao dizer que “*combina –* palavras do professor alemão – *principios del proceso inquisitivo con los del procedimiento acusatorio puro.*” – evidente que, no meio desta comistão, nada estranha que a figura do juiz como árbitro imparcial e diretor do juízo atinente ao clássico processo penal inglês seja perdida, nem mesmo mantendo-se qualquer conceito de parte, sequer em sentido formal. O processo penal segue regido, nestes termos, por um *principio de investigación (principio da verdade material)*, ou seja, como assume o autor, um *principio de instrucción ou inquisitivo*.⁹⁸⁸

⁹⁸⁶ Como se o processo alemão não fosse francamente inquisitivo, o autor o enxerga, mesmo assim, como uma terceira variação. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, pp. 122-123.

⁹⁸⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, p. 99. Segue: “*En la StPO esto está expresado por el §155, II: Dentro de esos límites (es decir: de los límites trazados por la acción) los tribunales están facultados y obligados a ejercitar por sí solos la actividad que les es propia y por el § 244, II: El tribunal tiene que extender de oficio la recepción de la prueba para la investigación de la verdad a todos los hechos y medios de prueba que tengan importancia para la decisión.*”

⁹⁸⁸ A rigor, é da mesma espécie de contágio, para não dizer *disfarce conceitual*, que nitidamente se serve uma série de construções argumentativas apresentadas em algum momento, em sede brasileira, quando da defesa da iniciativa instrutória do juiz como componente “natural” do processo penal acusatório. Para tanto, o palco é erigido sobre bases conceituais, em parte confusas, de todo superadas, mas que de fundo guardam certa coerência com seu desiderato de legitimação do *juiz-ator*. Para dizer ao final que o conceito de processo penal acusatório não interfere na iniciativa instrutória do magistrado, a premissa é a de que poderemos ter um anômalo “*sistema acusatório-inquisitorial*”. Acoplado a certa visão congruente ao processo alemão (nem ele mesmo, bom lembrar, define-se como acusatório, e sim como um “terceiro

tipo”, que acaba por disfarçar novamente o sistema inquisitivo nele embutido), dirá que, em havendo a propositura da ação por órgão diferente do juiz (isto, seria a rigor, o lastro fundante de tal “peculiar” sistema acusatório para esta postura, ainda que refira o pleno contraditório e a proibição do magistrado buscar prova na fase de investigação) pela utilização do princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime*), mas somente até aqui, de resto, o processo se desenvolveria por impulso oficial, e não por disposição das partes (*Verhandlungsmaxime*) – daí o protagonismo probatório do juiz elevado ao máximo. A tese ainda faz louvando a constatação (verdadeira) de que, mesmo nos países anglo-saxônicos, o caráter *adversarial* (desenvolvido por disposição das partes) vem dando espaço ao processo por desenvolvimento oficial – como se este fato por si transmutasse magicamente os sintomas rígidos de inquisitorialidade ali vistos em características “naturais” do sistema acusatório. Ademais, o arrazoado, antes, não deixa de afastar completamente o *adversarial system* da acusatoriedade desejada (já que para ser “acusatório” o sistema, basta o *actum trium personarum*), ou seja, do imperativo domínio das partes na marcha do processo e na produção das provas. Para, ao fim, tudo justificar pela suposta finalidade social da jurisdição de buscar a “*paz social*”, como se ela pudesse estar desconectada da imparcialidade do magistrado. Para este viés, mais perto se estará da pacificação (lembrando muito alguma paz de cemitério) e da “*vontade do direito substancial*” (ecos de um autoritário direito de punir) quando da prontidão judicial em “*suprir a deficiência das partes*”. Poderia ser perguntado neste momento: como realizar tarefa de parte mantendo-se a imparcialidade? Um “superjuiz” em toda a acepção da palavra, por um lado, vem à tona. Não obstante, o argumento não pode deixar de convidar-se a certa “ingenuidade” (ou “inteligência estratégica”?). Segundo a linha descrita, afinal, não estaria afetada a imparcialidade judicial quando da determinação da produção de prova não requerida pelas partes, em geral, pelo fato de que o juiz “*ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção*”. Já o vimos, não retornaremos vez mais ao ponto crucial já adquirido de que quem procura, muito mais em sede probatória, o faz com o afincado de algo encontrar – coação psicológica insustentável para qualquer ser humano – e, ademais, ao fazê-lo por estar em *dúvida*, solapa a *pré-ocupação com a inocência*. Onde, diante de tudo isto, poderá ainda se colocar uma “*certeza ética, constitucional e processualmente válida*”? O que faz esta argumentação e outras, que se emparelham no sentido de “organizar” os princípios reitores do sistema acusatório sob a égide da *mera separação de partes e da iniciativa persecutória a cargo de um órgão diferente do juiz*, é definir uma plataforma que acaba por esvaziar completamente o sentido da crítica sobre os inquisitorialismos, como se a acusatoriedade pudesse se dar por adquirida (em maior ou menor grau). Na medida em que raros são os modos de operar judicialmente em que o próprio magistrado realize a acusação formal e após julgue – se é que existem, aos menos no contexto ocidental onde as instituições de Estado se encontrem minimamente fixadas –, qualquer crítica que procure visar a este comportamento de ativismo judicial probatório dentro da dinâmica processual, fica amplamente afastada e perde sua razão de ser. Aquilo que de fato importa ser discutido, o papel do *juiz gestor da prova* como definidor do caráter processual do sistema é apresentado como elemento congênito ao modelo e premissa irrefutável. Cf. donde as citações foram retiradas: GRINOVER, Ada Pellegrini. “A Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília. 1(18) – jan./jun. 2005, pp. 15-26. O que, quiçá, poderia irmanar todas as vertentes indóceis à crítica, por outro lado, seria um trato pouco aceitável e fácil das fontes históricas, bem como o fluxo dificultoso dos modelos processuais penais (caminho percorrido no primeiro momento). Escolhida esta senda, equivocadamente, supõe-se estar diante de sistemas processuais acusatórios em maior ou menor medida pela simples separação de partes – normalmente trajeto realizado por quem, não raro, maneja os fatos fragilmente como reflexos e retratos puros das ideias, ou pior, assume as palavras como valores plenamente realizados. Sustentar que um sistema acusatório permite a produção de provas pelo magistrado sob o argumento de que a experiência histórica de nações que assumem este princípio como objetivo assim autoriza, é rasteiramente não perceber o eixo da permanência autoritária em sede das configurações estatais (e processuais penais naturalmente) e ser incapaz

5.4 (O)Caso da Democracia Processual Penal Brasileira: quando os estilhaços da inquisição podem abortar um sistema acusatório

Quando o ocaso do crepúsculo se anuncia, bem se pode estar diante da iminência de uma noite profunda como da aurora de um novo amanhecer. Diferentemente dos estados cíclicos da natureza, com certeza, em sede de processo penal, trata-se de uma opção *política*. A posição de *ocaso* pode bem exprimir a encruzilhada que encontramos no processo penal brasileiro. Após uma série de reformas empreendidas em 2008, temos diante de nossos olhos um complexo tramitar de um novo Código de Processo Penal no Senado Federal. O Projeto de Lei nº 156/2009, sopro de (nem tão) novos ares acusatórios, além de carregar consigo um complexo tabuleiro político, contudo é indubitável ser depositário de enorme manancial de esperanças – desejo investido diante do horizonte de democraticidade constitucional.

5.4.1 As Derivas Inquisitivas de uma Reforma Processual Penal

Trafegar sobre os contornos nodais relativos à formatação da matéria probatória em geral torna-se de grande pertinência. Porém, desnecessário será optar novamente por se delongar acerca da redação original do CPP brasileiro, de 1941, no tocante ao ponto identificador do sistema inquisitório sobre o qual estamos ainda depositados: o já tratado e malfadado art. 156⁹⁸⁹. Como visto, não que se restrinja a ele a *inquisitorialidade*, mas seus marcos estão ali assentados. Comezinha a aceitação do ativismo judicial em face probatória pela mais larga prática processual penal com o trato

de analisar as confluências, os entrecruzamentos, os contágios entre os polos sistêmicos encontrados nos modelos concretos, confundindo-os com seus índices diferenciadores.

⁹⁸⁹ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (redação original do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941). Uma interpretação em conformidade com a constituição (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1310-1315) ordenava, em primeira parte (que acabava por prejudicar a validade da segunda), a sua aplicação somente para a acusação, pois é ela que possui a *carga da prova* sobre si. Quer dizer, a leitura constitucional roga o afastamento da atribuição (ainda persistente hoje na legislação) de impor qualquer encargo ou ônus ao réu de provar a sua inocência (art. 5 LVII da CRFB), senão a faculdade de provar a falta de credibilidade da prova, ou seja, provar a dúvida, em nada permitindo qualquer ação diligencial neste patamar.

diante do “sistema misto” brasileiro e a “busca pela verdade real”.⁹⁹⁰ Se, nesta redação original, patente e consolidado, em realidade, estava o sistema inquisitório brasileiro figurado na gestão da prova nas mãos do magistrado, momento importantíssimo de ruptura seria a reforma programada em 2008, dentro de uma série de outras alterações pontuais advindas naquele ano que modificaram mais de 100 artigos do CPP.⁹⁹¹ Instante de adequação única poderia sê-lo, a poder colmatar novamente o texto processual penal, agora de acordo com os acordos constitucionais de 1988. Como se algo que andava ruim não pudesse piorar para a premente consolidação acusatória no processo penal brasileiro, veio uma nova redação, dada pela Lei 11.690/2008⁹⁹², ampliando ainda mais os poderes dispositivos do juiz em sede de prova, agora podendo ele até mesmo alcançar, *ex officio*, o momento da investigação preliminar anterior à instauração, a rigor, de algum processo penal:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de prova consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da

⁹⁹⁰ Em bom resumo, caberia o acompanhamento dos comentários ao CPP frente ao panorama jurisprudencial, que de certa forma acaba por reproduzir a frágil doutrina manualística e a lógica trabalhada em momento pretérito, através do exame de destacado apanhado jurisprudencial em FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial – Doutrina e Jurisprudência*. Volume 2 – Parte Processual Penal (arts. 1º a 250). 2ª ed.. São Paulo: RT, 2004, pp. 1655-1665 (no ponto acerca das “Disposições Gerais sobre a Prova”, a autoria é de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior).

⁹⁹¹ A saber, as Leis ns. 11.689 (sobre o Tribunal do Júri), 11.690 (relativa à prova) e 11.719 (atinentes aos procedimentos em geral, à suspensão do processo e à sentença), publicadas no *Diário Oficial* respectivamente em 09 de junho (as duas primeiras) e 20 de junho (a última), representam o resultado profundo da chamada “reforma processual penal”. Sobre o tema, ver, dentre outros, BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)Forma do Processo Penal*. 2ª ed.. São Paulo: Del Rey, 2009 e ASSIS MOURA, Maria Teresa Rocha de (coord.). *As Reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: RT, 2008. Em escala comparada, reproduzindo e demonstrando a preocupação comum dos ordenamentos jurídicos, brasileiro e português, de adequação aos novos debates em sede de sistemas processuais penais, ver CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; SILVA, Germano Marques da; PRADO, Geraldo; BRANDÃO, Nuno. *Processo Penal do Brasil e de Portugal – Estudo Comparado: As Reformas Portuguesa e Brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁹⁹² “São características salientes no novo texto: a delimitação do alcance do princípio do livre convencimento do juiz; a consagração do contraditório como elemento essencial do próprio conceito de prova; a regulamentação legal da proibição das provas ilícitas; e, ainda, uma nova disciplina dos meios de prova pericial e testemunha, mais adequada ao contraditório como método de formação das provas. Ao lado disso, mesmo fora da matéria probatória, foram introduzidas importantes garantias processuais para a vítima.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008”. In: ASSIS MOURA, Maria Teresa Rocha de (coord.). *As Reformas no Processo Penal*, p. 247). Notável que nosso escrito tem como enfoque as duas primeiras questões ali aventadas.

instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”⁹⁹³

Ao invés da preocupação estatal vir ao encontro do acusado ou apenado, respaldando seu dever de proteção comportado pelo núcleo intangível da dignidade humana⁹⁹⁴, já que o Estado neste ponto deve operar em função do débil na relação persecutória – sem esquecer que, em matéria processual penal especialmente, estamos diante de um limite à interferência ao poder – ignorou-se que a prova, destinada ao *convencimento*, apenas o fará ética e constitucionalmente válido⁹⁹⁵, se resultar do substrato probatório carregado pelas partes.⁹⁹⁶

Antes, cabe ver, no presente artigo 155⁹⁹⁷, a expressa autorização, mesmo que subsidiariamente, de fundamentação da decisão judicial nos elementos informativos colhidos na investigação.⁹⁹⁸ Ainda que tenha mantido a *convicção* atrelada à “livre

⁹⁹³ Lei 11.690, de 9-6-2008.

⁹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 138.

⁹⁹⁵ O desafio é constante na direção da construção de um manancial dogmático, que principalmente em sede de direito positivo trava-se desde seu conteúdo retórico, tenha como fito uma ética da tolerância. Neste sentido, cf. ADEODATO, João Maurício. *Ética & Retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹⁹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) Do Processo Penal – Considerações Críticas (Provas, Ritos Processuais, Júri, Sentenças)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

⁹⁹⁷ “Art. 155. O juiz formará sua *convicção* pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (g. n.). Redação dada pela Lei 11.690, de 9-6-2008.

⁹⁹⁸ Novamente, perdeu-se a oportunidade de encarar frontalmente os reflexos na eficácia probatória dos ditos *atos de investigação*. Prescrever com certo rigor aquilo que se pode chamar e diferenciar de meros *atos de investigação* e *atos* verdadeiramente *de prova* tem valor relevante, para além da sede probatória, mas profundamente em patamar de garantia jurisdicional. Neste marco em que se estabelece a própria garantia orgânica de independência da magistratura e o conexo direito de todos de serem julgados com base na prova produzida dentro do processo com todas as garantias a ele inerentes. São *atos de prova* aqueles que: “a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar a um juízo de certeza – tutela de segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; f) são praticados ante o juiz que julgará o processo.” Em oposição, os *atos de investigação*: “a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b. estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não-processamento (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; h) podem ser praticados pelo Ministério

apreciação da prova” da redação original⁹⁹⁹, consolidou o *contraditório* como “*pedra angular da nova disciplina da prova*”¹⁰⁰⁰, contudo, não sem antes solapá-lo ao permitir que elementos investigatórios permeiem a “livre convicção” do juiz. É o “*episódio do advérbio*”, versado por Martins¹⁰⁰¹, em que a expressão “exclusivamente” basta para enterrar qualquer vã esperança de que os magistrados deixem de condenar baseando-se no superado inquérito policial. Famigerada excrescência que permanece válida ao módico preço de sentenças onde o inaudito inquisitivo grita e fazem de conta que se fundamentam em provas oriundas do *fair play* processual. Não raro dizem: “cotejando a prova judicializada com os elementos do inquérito” ou “a prova judicializada é corroborada pelos autos do inquérito”.¹⁰⁰² Ademais à supletividade do inquérito policial, avesso aos mínimos princípios constitucionais¹⁰⁰³, da leitura cabe ainda aludir, por lógica semântica, que, em se tratando de “provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas”, pode-se ler que o convencimento poderá daí advir *exclusivamente*. O que se está novamente a remeter são aos elementos inviáveis de ser reproduzidos no contraditório judicial próprio, em momento oportuno, por isso trazidos antecipadamente. Não se enveredando para os deslizes inquisitoriais de praxe, como assaz há de ocorrer, tais elementos apenas assim poderiam ser ditos provas se amparados pelo contraditório¹⁰⁰⁴.

Público ou pela Polícia Judiciária.” (LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 227; em sentido idêntico, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “O livre convencimento do juiz no projeto de código de processo penal: primeiras anotações”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 200 – Julho/2009, p. 08). Ao se considerar a divisão do movimento processual penal em fase pré-processual (investigação preliminar) e a fase processual, depreende-se que o inquérito policial brasileiro somente pode gerar *atos de investigação* e, como tais, de limitado valor probatório, inaptos a fundamentarem uma sentença, já que para isso são devedores os *atos de prova* de serem praticados à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo legal (Cf. ainda MONTERO AROCA, Juan; GOMEZ COLOMER, Juan Luiz; MONTÓN REDONDO, Alberto & VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional III – Proceso Penal*. 14ª ed.. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, pp. 118 ss.).

⁹⁹⁹ Da redação original do CPP: “*Art. 157: O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova.*” (Decreto-Lei nº 3.689 de 3-10-1941).

¹⁰⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008”, p. 249.

¹⁰⁰¹ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, p. 26.

¹⁰⁰² LOPES JR., Aury. “Bom Para Que(m)?”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 16 – nº 188 (Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal) – Julho/2008, p. 09.

¹⁰⁰³ LOPES Jr., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, pp. 145 ss.

¹⁰⁰⁴ Levando em conta que no processo penal brasileiro permanece a sistemática do juiz legitimado para ordenar a produção de prova de ofício mesmo antes de iniciado o processo (art. 156 I) – como ainda este fato lhe previne e fixa a competência (art. 83 do CPP), ou seja, o mesmo juiz que preside o *incidente de prova antecipada* será o mesmo que irá, no processo,

Assim, por um lado, o *contraditório* é posto como verdadeira “*condição de validade da prova*”¹⁰⁰⁵, guardando íntima relação com o princípio da imediação judicial, quer dizer, apenas podendo ser valoradas pelo juiz na sentença provas que tiverem sido produzidas na sua presença e com a efetiva participação das partes, “*senão o elemento de convicção [será] inidôneo para servir ao convencimento do juiz, mesmo à luz do livre convencimento motivado*”¹⁰⁰⁶. Do contrário, maculada a própria essência, neste patamar, da *convicção*, a ponto de Gomes Filho chamar esta ocasião de “*não-prova*”¹⁰⁰⁷. Pretensamente, há um cercamento, numa primeira vista, do convencimento acoplando-o ao *contraditório*. Isto tudo seria um investimento suficiente se adiante não fosse desmentido pelo art. 156, ao se permitir o juiz ordenar a produção de prova *sponte propria* na fase preliminar da persecução penal e, depois, de maneira bizarra, fazê-lo formar sua *convicção* tão-só com a “*prova produzida em contraditório*”.¹⁰⁰⁸ Mas não será preciso ir ao artigo seguinte, bastando, na própria previsão do art. 155, a presença da exceção pronta a derivar como regra. O operador adverbial referido é que possibilita o contágio com a *carga alucinatória* dos *atos de investigação* sempre a postos para rapidamente satisfazer e dar suporte à decisão.¹⁰⁰⁹

Ainda em sede de valorização do *contraditório*, fazendo ressoar a concepção de processo como procedimento em *contraditório*¹⁰¹⁰, o que temos é sua insuficiência se

julgar –, imagine-se, ademais, se tal coleta na fase de investigação puder se dar sem qualquer *contraditório*. Por esta razão, em havendo um incidente antecipado de produção de prova, ele somente poderá ser admitido em casos extremos por ser inviável de realizar a produção da prova (pelas partes) em momento posterior, devendo, sempre, obedecer ao *contraditório* e à possibilidade de defesa (Cf. VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993, pp. 96 ss.).

¹⁰⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. “O conteúdo da garantia do *contraditório*”. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 24-25.

¹⁰⁰⁶ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 99.

¹⁰⁰⁷ Com relação à valoração de provas incorporadas com a violação do *contraditório*, o autor aduz a consequência fulcral de que em certos casos “*o desrespeito à contrariedade atinge a própria essência da prova considerada na decisão; aqui não se tem um prova simplesmente irregular, mas, na verdade, uma não-prova, ato sem a mínima aptidão para fundar o raciocínio judicial.*” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 169).

¹⁰⁰⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: segue o princípio inquisitivo”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 16 – nº 188 (Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal) – Julho/2008, p. 12.

¹⁰⁰⁹ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, p. 29.

¹⁰¹⁰ O *contraditório* é, pois, a característica que diferencia o processo do procedimento: “*(...) allora il procedimento comprende il «contraddittorio», si fa più articolato e complesso, e dal genus «procedimento» è consentito enucleare la species «processo»*. Esta ideia do processo como sequência de atos em *contraditório* é marca registrada de Fazzalari. Na sucessão de regras,

imerso numa conjuntura de um *juiz-ator*.¹⁰¹¹ Não se descarta que apenas poderá se falar

atos e posições jurídicas, há a necessidade de um contraditório paritário entre os destinatários do provimento judicial, naturalmente não significando apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação com paridade de armas, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado. Dirá: “*como ripetuto, il «processo» è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività. (...) Non basta per distinguere il processo dal procedimento, il rilievo che nel processo vi è la partecipazione di più soggetti, che cioè gli atti che lo costituiscono sono posti in essere non dal solo autore dell’atto finale, ma anche da altri soggetti. (...) Occorre qualche cosa di più e di diverso; qualche cosa che l’osservazione degli archetipi del processo consente di cogliere. Ed è la struttura dialettica del procedimento, cioè appunto, il contraddittorio. (...) Occorre, dunque, per individuare il processo, che vi siano serie di norme (ed atti, e posizioni giuridiche) che risalcano ai destinatari degli effetti del provvedimento, realizzando fra loro un contraddittorio paritetico.*” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Ottava Edizione. Padova: CEDAM, 1996, cits., respectivamente, pp 61; 82-83 e 85).

¹⁰¹¹ A doutrina de Franco Cordero representa fio condutor por demais importante em nosso argumento. Ao menos em grande parte. Por isso, sob pena de talvez não retirarmos dali o que de fato há de mais precioso – o estudo do método inquisitório e seu complexo fundo cultural –, é que se deverá indagar a existência de algum campo aberto ali deixado, propenso ao menos a diminuir ou abrandar o seu ímpeto central. Falamos diretamente do caso do *contraditório*. Mesmo que assuma ser inútil o contraditório quando entra em cena a psicoscopia do inquisidor, que sempre trabalha em torno de seu próprio interesse (por isso o resgate da tortura no medievo) diante do primado da hipótese sobre o fato (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 49 e 51), o autor não deixa de assentar na ausência de contraditório a abertura para o pensamento paranoide. Noutros termos, mesmo que fervoroso defensor do juiz como espectador impassível na contenda (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 21), põe o contraditório em lugar central, ao ponto de, sob algum aspecto, até mesmo fazer subordinar a atividade judicial em sede probatória a ele. Senão, porque afirmaria, ainda que com uma série de ressalvas: “*un processo quale si sta immaginando, rivestirebbe un’ impronta nettamente accusatoria (per quanto concerne il rapporto azione-decisione). Tuttavia, occorre misure le parole; nessuno vorrebbe il giudice ridotto a spettatore della contesa; anzi, l’iniziativa probatoria ex officio dovrebbe essere usata tanto più largamente, in quanto la materia del giudizio si forma nel dibattimento. Il timore d’uno sviluppo ipertrofico di quest’ultimo è fuori luogo, giacché l’udienza, a meno di interderla come pura esibizione teatrale, deve pur fornire i mezzi della decisione; quanto al pericoli di abusi (...) tutto dipende da un esercizio accorto dei poteri di governo del processo.*” (CORDERO, Franco. “La Riforma Dell’Istruzione Penale”, p. 721 ou CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, p. 159)? Não haverá aí, em certa medida, alguma cessão aberta ao automatismo inquisitório tão atestado e perseguido por ele? Ao que parece, neste tocante, desde seus apontamentos, nada haveria de problemático em sede da permissão de atribuir atividade probatória ao juiz, desde que este material fosse posto, a seguir, aos auspícios do contraditório. Será assim que, ademais, defenderá a possibilidade da complementação da inquirição de testemunha pelo magistrado, querendo distar de “*eccessiva fedeltà al paradigma anglosassone: in particolare, non si pretende che il giudice sia un muto spettatore dell’esperimento probatorio; nel corso dell’esame incrociato egli interloquisce ogniqualevolta ne ravvisi la necessità e, esaurita l’escussione ad opera delle parti, rivolge le domande che reputa opportune.*” (CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, p. 190). Ao nosso ver, para salvar a arte do contraditório, imposta no espetáculo dialético, atinente à cultura do ritual acusatório – performance esta sempre posta diante da afirmação incansável do autor em prol do juiz espectador (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 37 e 42-43) –, ele mesmo acaba por autorizar a concessão de espaço da radicalidade dos “quadros mentais paranoides” (presente no próprio local ocupado pela proibição do juiz-ator) – por isso

rigorosamente em prova sob a premissa do crivo do contraditório, inerente à própria estrutura dialética de aplicação do direito.¹⁰¹² Contudo, pouco adiantará, noutras palavras, uma imediação perfeita como veículo da prova se amparada pelo anterior impulso do magistrado em sua busca – por isso a burla “interna” (do próprio artigo 155) ao abrir espaço para os atos de investigação componham o convencimento, e o engodo bizarro “externo” (do art. 156), mais grave ainda, deixando o magistrado jogado à

certo vazio que poderá ser invadido pelo promíscuo argumento inquisitivo. Será, pois, por uma linha de fuga diferenciada que poderemos privilegiar aspecto inédito e perscrutar algumas faixas de sombra no argumento acusatório. Não seria errôneo considerar para Cordero, como aspecto central do processo penal, inclusive a subordinar pontualmente as demais variáveis (como vimos nestas passagens), a chamada *ideologia do contraditório* (CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, p. 218). A preocupação quanto aos quadros mentais paranoicos, devido ao primado da hipótese sobre o fato, dá-se antes, sob sua argumentação, pelo fechamento da grelha ao contraditório. Assim, poder-se-ia dizer que até mesmo a gestão da prova a cargo das partes seria desdobramento desta lógica (pouco diverso é notado – por isso o avanço – na pena de Miranda Coutinho, mais profundamente na direção do maior peso auferido à preocupação com os momentos de antecipação do juízo e seus pré-juízos psicológicos, ou seja, à proibição da iniciativa probatória pelo magistrado; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”, p. 25). A inclinação cega ao contraditório em sua mera performance, desprotegido do próprio antídoto da gestão da prova dada às partes (por ele mesmo aposta, nunca se esqueça), faz oportuno já antecipar certa inflexão no argumento acusatório. Pouco ou nada prestará à formação acusatória, que obviamente jamais deve se esquecer do contraditório, se ele vier disposto sobre materiais provenientes da atividade judicial. De que adianta o contraditório resguardado às partes, frente a possíveis antecipações de juízo, quando, por exemplo, alguma testemunha é trazida ao encaixe da instrução pelo próprio juiz que irá decidir? O elemento produzido pelo julgador, mesmo que depois seja oferecido o contraditório, possui em si um vício de origem: em oposição, a gestão deverá estar a cargo das partes e a ele cabe decidir sobre aquilo que por elas foi produzido. Isto tudo somente pode ser apontado, desde o nosso viés, porque aceitamos ser, integralmente, a governabilidade probatória atribuída às partes importantíssimo módulo diferenciador dos sistemas, não meramente a aquisição da prova feita em contraditório – o que incorpora e implica o afastamento da atuação *ex officio* do magistrado. Será o juiz que “não terá o que temer por se deter” ao não produzir prova, nem mesmo aprofundar ou complementar aquela disposta pelas partes – como veremos em apanhado derradeiro. De forma alguma – já ficou suficientemente claro –, seríamos capazes de desconsiderar o contraditório como eticamente necessário para a adequada instrução probatória. Pelo contrário. Estamos, sim, exatamente suscitando sua reservada constituição no tocante, a rigor, ao afastamento do mito do juiz infalível. É sobre o alerta do próprio professor italiano (CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, pp. 219-221) que, ao fim, seremos hábeis a investir na formação contraditorial (*mito del triangolo*) ao invés daquela figura do *juiz onisciente* – fantasmagoria que se movimenta por detrás de cada ação do julgador inclinada a realizar função de persecução, e não atrelado ao pleno governo do processo sob o escudo da máxima efetivação das garantias fundamentais do imputado. Precisamente, porque valoramos a necessidade de desinchar o protagonismo judicial, afeito aos agenciamentos inquisitivos, que o contraditório não poderá, em suma, ficar perdido em si mesmo, desatento as suas meras derivas performáticas, ou indiferente aos vícios da prova colhida por iniciativa do magistrado. Esta discussão é emblemática a nos defrontar com o dever de se reafirmar a advertência da falta de qualquer imunidade aos termos da *evidência* – presente aqui via a imediação, ínsita ao valor máximo dado ao contraditório –, mesmo na seara do *contraditório* que viria supostamente apenas a constangê-la.

¹⁰¹² MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal*, p. 139.

pulsão de angariar elementos (mesmo que em contraditório) por si, tanto durante a instrução quanto na investigação. Nestas duas circunstâncias, até poderá haver contraditório sem que se possa com isto *constranger a convicção apressada do módulo inquisitivo* incrustado ali. Haverá o contraditório apenas para legitimá-la posteriormente.

Por isso, a importância da *presunção de inocência*¹⁰¹³, que deve aparecer irmanada, não apenas ao contraditório; mas, sobretudo, como valência primeva da própria *gestão da prova a cargo das partes*. Mesmo que elemento genuíno a conformar a prova, não se poderá depositar todas as fichas na fiabilidade do contraditório, sob pena de escondermos o quanto há nele, sobre as vestes de *imedição*, de estratégias processuais que puramente privilegiam o sensível, componente primário da *evidência*. O que nos leva a inferir que não está imune o contraditório a sua própria “ausência” em algum momento.¹⁰¹⁴ Assim, são as estratégias que impõem oralidade a todo custo e que invadem as atuais práticas reformistas aos moldes da instantaneidade, tão pretensas quanto ingenuamente dotadas de ares acusatórios. Não há terreno virgem nele aos processos alucinatórios decorrentes da *intensificação do sensível*, no qual será convertido em conceito, em realidade. Em nossa análise, a vocação de carga ostensiva que trará consigo o contraditório permite-nos identificar o quanto pode haver de meramente performático em algumas práticas.

O *livre convencimento*, a seu turno, no art. 155 objeto de tentativa de alguma nova (e devida) delimitação legislativa,¹⁰¹⁵ atrelando (parcialmente) a noção de prova ao atendimento do contraditório, por certo, como visto, não se confunde com alguma *liberdade de prova*, nem com alguma busca obsessiva pela verdade. Aqui, neste ponto, nem precisaria fazê-lo. O caráter de brecha da locução adverbial pavimenta uma “*auto-estrada de excepcionalidade*” e empurra para aquilo que Cunha Martins¹⁰¹⁶ denomina de uma zona estratégica de mera adequação formal, “mera cosmética”, consagrando a deturpação da democraticidade do processo. Ao nível da tramitação do

¹⁰¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) Do Processo Penal*, p. 21.

¹⁰¹⁴ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, p. 18.

¹⁰¹⁵ Toda a história do direito das provas poderia ser lida como a história dos intentos do legislador ou da doutrina em prevenir, ou ao menos limitar, a arbitrariedade judicial que decide sobre os fatos na valoração das provas. Cf. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, pp. 420-438.

¹⁰¹⁶ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito*, p. 31.

novo CPP, é que se verá também o quanto pesa a força da *adesão* aos elementos inquisitivos no planteamento do convencimento judicial.

Assim, com este ganho estratégico de análise, as preocupações quanto ao art. 156 podem retornar e, mesmo ao preço de alguma repetição, precisam ser capturadas e frisadas. No primeiro plano, ao continuar o modelo inquisitorial, como dito, o atual reformado artigo 156 do CPP determina o agir de ofício do magistrado mesmo antes de formalizada a *pretensão acusatória*, aprofundando sobremaneira a sua centralidade como agente e não como destinatário da prova. Não se precisa dizer mais do que já fora referido acerca da consagração do juiz-instrutor-inquisidor com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois de iniciada a ação penal, decidir a partir de seus próprios atos. Golpe de cena que transforma o processo em mero formalizador da decisão inevitavelmente promovida de maneira prévia.¹⁰¹⁷ Adicionalmente, a “dúvida sob ponto relevante” nos alça novamente

¹⁰¹⁷ Permitir-se tão-só uma única instrução sob o crivo do contraditório parece ser uma alternativa altamente válida para a estrutura inquisitorial brasileira. O modelo de sistema misto, do *Code Napoléon*, com a primeira fase inquisitória e a segunda fase amplamente contraditória – manipulando e valendo-se da prova produzida naquela – foi adotado, sabemos, pelo modelo pátrio. Estrutura dual onde o processo é antecedido por uma investigação preliminar, no caso brasileiro com maior desvantagem ainda, pois a cargo de um procedimento administrativo, o inquérito policial, de regra desde 1871. Nesta parte, aliada à constrição dos poderes do juiz na gestão da prova, a sugestão de Miranda Coutinho (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”, p. 41), vem bem a calhar: além de dar cabo do Inquérito Policial, não necessariamente pondo no lugar o juizado de instrução, aproximando da flexão acusatória, deve-se permitir *uma única instrução sob o crivo do contraditório*. Sugere o autor que a acusação seja formulada com base na investigação feita pela polícia, sob o controle externo do Ministério Público. Este, sob as penas da lei, e imaginando-se engajado democraticamente, não deduziria ação por elucubração mental; deixando o juiz longe da colheita da prova com condições suficientes para preparar-se ao acerto do *caso penal*. Uma reforma orientada, tal como pressupôs Cordero, na Itália, guardadas as peculiaridades de sua nomenclatura dual (*istruzione e dibattimento* – “*nella nomenclatura del codice, invece, ‘istruzione’ è il termine contrapposto a ‘dibattimento’; in tal modo si designa la prima fase del processo e cioè un procedimento che si svolge dall’imputazione all’atto con cui è formulata l’accusa.*” CORDERO, Franco. “La Riforma Dell’Istruzione Penale”, p. 714 ou CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, p. 151), coincidindo o processo penal como unidade de medida do *debate*: “*Immaginiano un terzo sistema [que não a instrução sumária nem o juiz instrutor], nel quale sia rigorosamente osservato il paradigma azione-decisione: il primo atto è una domanda, proposta la quale, il giudice assume le prove e decide, rispettando l’unità di tempo; ciò che si fa nel processo, si fa pubblicamente, di fronte alle parti e con il loro effettivo intervento. La domanda presuppone un probabile reato; il qual giudizio non si può formulare, se si ignorano i fatti; ciò esige una provvista di prove reali (cose che preesistono al processo) e un’informazione volta a scoprire le fonti delle possibili prove personali (testimonianze), che saranno costituite dal giudice secondo la legge del contraddittorio. Queste iniziative, che rappresentano il prodromo dell’azione, appartengono al pubblico ministero, ma si esauriscono in atti di parte preprocessuali; l’attività probatoria è compito del giudice; fidarci di prove costituite segretamente non è opportuno e nemmeno conforme alla dignità del processo, nel*

ao esquecimento, tal como na versão fascista de 1941, de que nos casos de razoável *dúvida* (que extrapole naturalmente o descompasso lógico de estarmos lidando com fatos pretéritos (re)lidos sob versões presentes – o que por si já encarna sempre alguma *dúvida*¹⁰¹⁸), possuímos a *presunção de inocência* para assentar certa confiança à resposta penal, ou como se, correlato a isto, não tivéssemos, acima de tudo, de antever a *carga da prova* pesando sobre a acusação.

Finalmente, quanto ao art. 157¹⁰¹⁹, que trouxe a (in)disciplina relativa à prova ilícita, nosso interesse localiza-se menos na obscura disposição acerca do “nexo causal” que define a contaminação da prova ilícita ou ainda a teoria da “fonte independente”, todas elas regras vagas e imprecisas, conceitos indeterminados que anulam quase por completo a configuração da prova ilícita por derivação diante de expressões como “trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”.¹⁰²⁰ Nem por isso, deixou estrategicamente de se apor no *caput* a simples transcrição do art. 5º LVI da Constituição da República acerca da vedação das provas ilícitas para assegurar a “fidelidade” ao texto democrático. Ou como se para a Carta ganhar vida fosse necessário antes virar “lei”. Naquilo que se poderia, sobretudo, avançar houve o veto. Tratava-se do §4º, que determinava algo minimamente óbvio: “*O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*”, por natural violação da sua imparcialidade quanto ao objeto do processo,

quale si esprime un fenomeno sociale fra i più importanti. Una riforma orientata in tal senso equivale a far coincidire il processo con l'unità di misura del dibattito; se ne amputa la prima fase, e così è sciolto il noto dilemma. Un'istruzione in contraddittorio rende superfluo il dibattito”, (...) si postula un'attività, il cui fine è di verificare se vi sia materia per proporre la domanda e, quindi, inscenare un processo, nel quale si provvederà all'assunzione delle prove in contraddittorio.” (CORDERO, Franco. “La Riforma Dell'Istruzione Penale”, pp. 720-722 ou CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, pp. 158 e 160). Para a ideia de uma única “*istruzione in contraddittorio condotta da un giudice*”, sobretudo visto o valor do contraditório como “*misura utile tecnicamente e moralmente necessaria*”, profundamente esmiuçado, ver CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*, pp. 201 ss. (citações pp. 205 e 221).

¹⁰¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 62.

¹⁰¹⁹ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

¹⁰²⁰ Profunda análise desta matéria encontra-se em GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) Do Processo Penal*, pp. 37-50 e LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I, pp. 570-600.

para além de sua boa vontade epistemológica. Mais lógica ainda, desde o prisma da tratada *ostensão penal*, são as razões do veto presidencial:

*“O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. (...)”*¹⁰²¹

Veza mais, saiu vencedora a ideologia punitivo-eficientista do processo penal célere, já conhecida de outras reformas¹⁰²², em que pouco importa a democracia constitucional desde que, refletindo o medo e a sanha pela punição, a realização se dê nos números finais exitosos de sentenças condenatórias.

5.4.2 O PLS nº 156/2009: os perigos de degeneração de um desejo acusatório

Atualmente, a configuração política discursiva no que concerne à justificativa de reformas atingiu outro patamar privilegiado, o qual merece maior atenção. Tem a ver com a opção, em virtude da elaboração do Projeto de Lei do Senado Federal nº 156, que objetiva a instauração de um novo Código de Processo Penal para o Brasil, sem meias palavras, localizada entre um processo penal de *defesa social* e um processo penal constitucionalizado e garantidor.¹⁰²³ Para além das reformas que conservaram intacto o núcleo inquisitivo, a alça de mira agora parece pretender, sim, alcançar e assegurar a mudança da base epistêmica. Cabe questionar como o cenário político tem lidado com isto e como tem se comportado diante da tramitação do novo Código, quando a urgente esperança de ajudar na formação de uma cultura acusatória não deixa de trazer consigo

¹⁰²¹ Mensagem nº 350, de 09 de junho de 2008, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm

¹⁰²² Cf. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais”, pp. 139-147.

¹⁰²³ “*Pesaram, sobremodo, os quinhentos anos de história inquisitorial à qual o Brasil se submete e a imensa dificuldade de pensar um novo sistema processual penal a partir dos parâmetros exigidos pela Constituição da República, quase que única defesa (a oferecida por ela) contra os ataques daqueles que não querem mudar porque a situação lhes é confortável.*” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Anotações Pontuais sobre a Reforma Global do CPP”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 18 (Edição Especial – Projeto de Novo Código de Processo Penal) – Agosto/2010, p. 16).

resquícios, em pontos centrais, de certa *reflexividade inquisitiva* a furar o sistema acusatório.

Não havia ainda entrado em vigor a profunda reforma de 2008 e, já no mesmo mês (em 19 de junho de 2008), foi constituída uma comissão de juristas responsável pela elaboração de um *Anteprojeto* para o novo CPP. Após a apresentação, em 2009, do PLS nº 156, todos se debruçaram sobre o texto, e uma série de modificações foram apresentadas (214 emendas). Aprovadas 65 emendas integralmente e outras 32 parcialmente aproveitadas como subemendas do relator, em dezembro de 2010, no Senado Federal. Ao que consta, até o momento do fechamento do escrito, a última informação de tramitação, de 23/03/2011, dizia que a matéria segue para votação na Câmara dos Deputados.¹⁰²⁴ É frente a este curto resumo da tentativa de *reforma global* do CPP que importa sejam aprofundadas as atuais chances da democracia processual brasileira.

A cultura democrática no processo penal não poderia prescindir de um já atrasado novo CPP. A mudança efetiva sob as bases de um sistema acusatório foi o desiderato que conduziu, mesmo que ao preço de sérias concessões no centro propulsor, a *reforma global*. De maneira geral, alguns pontos e características se sobressaem no contexto, ainda que nos importe, ao fundo como sempre, perquirir como se dispõe o magistrado diante da produção da prova.

Esquemáticamente, longe de qualquer inventário exaustivo, em sede preliminar, pode-se dizer que a comissão externa de juristas (instaurada pelo Requerimento nº 227/2008), coordenada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Hamilton Carvalhido, e de relatoria do Procurador da República em Minas Gerais, Dr. Eugenio Pacelli de Oliveira, composta ainda por Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Avelar Torres e Tito Souza do Amaral, contemplou um texto com muitas inovações significativas, dentre outras: a consagração do sistema acusatório (art. 4º, nosso ponto de interesse nodal); a restrição à publicidade dos atos do inquérito policial; a qualificação dos elementos colhidos na investigação policial como meras “fontes de prova” e não como provas em si; a impossibilidade de o

¹⁰²⁴ O completo acompanhamento do PLS nº 156/2009 pode ser visto em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645&p_sort=DESC&p_sort2=A&cmd=sort onde, ademais, todos os documentos citados adiante tem sua fonte detalhada.

juiz formar seu convencimento com base em qualquer elemento colhido na etapa policial e que não tenha sido submetido ao contraditório na instrução criminal (art. 165); a extinção da ação penal privada e principalmente a figura do “juiz das garantias”¹⁰²⁵, responsável pelo controle da legalidade da investigação e pela salvaguarda dos direitos individuais.¹⁰²⁶

Houve problemas, porém, como todo trabalho plural e democrático que é obrigado a se debruçar sobre anos de cultura inquisitiva. Pontualmente, pode-se aduzir a preocupação acerca do *procedimento sumário* trazido pelo PLS nº 156/09 (arts. 271 e 272¹⁰²⁷)¹⁰²⁸. Ele se consubstancia em instituto inédito no Brasil, que permite às partes processuais “consensualmente” dispor sobre o próprio processo criminal, ensejando a aplicação imediata de pena privativa de liberdade, sem a necessidade de comprovação

¹⁰²⁵ Cf. MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal*: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 226-231.

¹⁰²⁶ Para um completo panorama dos possíveis avanços e retrocessos, para além dos referidos, cf. a edição especial da *Revista de Informação Legislativa* (Reforma do Código de Processo Penal). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). Brasília – ano 46 – nº 183 – edição especial, Julho/setembro – 2009 e a versão também diferenciada do *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 18 (Edição Especial – Projeto de Novo Código de Processo Penal) – Agosto/2010.

¹⁰²⁷ “Art. 271. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, desde que: I – Haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – A pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal; §1º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código; §2º A pena poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) da pena mínima prevista na cominação legal, se as circunstâncias pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. §3º O acusado estará isento das despesas e custas processuais. Art. 272. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.” (BRASIL – SENADO – Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 70).

¹⁰²⁸ Sobre o tema, há na carta aberta “*CPP: Em defesa dos Direitos e Garantias Individuais*”, dirigida ao senador Demóstenes Torres, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal por diversas entidades (Associação Juizes para a Democracia, Associação Nacional dos Defensores Públicos, Associação Paulista dos Defensores Públicos, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Defesa do Direito de Defesa): “*não é democrática previsão que admita, sem que se percorra iter processual, a aplicação de pena privativa de liberdade (ainda que prevista substituição por penas restritivas de direitos), impossibilitando o exercício amplo do Direito de Defesa, que se há de dar sempre, ainda que o acusado concorde em se submeter à punição proposta pelo Ministério Público. É que o exercício do Direito de Defesa é garantia individual que extrapola o interesse particular, adentrando na esfera do interesse público; é fator de legitimação política do processo e da solução que se toma ao final da ação, pouco importando que haja submissão voluntária do acusado à punição aventada na tese acusatória.*”, disponível em <http://iddd.org.br/imprensa/show/244>.

empírica da culpabilidade do acusado, com o esvaziamento da função normativa do direito. Uma séria aplicação sumária de pena, através da “confissão” da infração penal que sequer precisa ser judicial, com a completa dispensa de julgamento, aos moldes da *plea bargain* anglo-americana¹⁰²⁹. Atendendo aos interesses político-criminais de cariz econômico e utilitarista, a base funciona na coação do acusado¹⁰³⁰ pela hipertrofia dos poderes do acusador, na medida em que a igualdade substancial entre as partes processuais penais e a capacidade de autodeterminação e livre manifestação da vontade do acusado restam, quando não ausentes, profundamente afetadas.¹⁰³¹

Alhures, ainda outras problemáticas, de forma geral, depreendem-se: a possibilidade de limitação das hipóteses de cabimento de *habeas corpus*; a condução coercitiva do réu para reconhecimento pessoal e a prolação de sentença condenatória mesmo nos casos em que há pedido de absolvição do acusado. Diga-se o mesmo do emprego de expressões genéricas para orientar a imposição de medidas cautelares restritivas de liberdade como “*ordem pública*”, “*ordem econômica*” e “*comportamento gravemente censurável do réu*” (arts. 544 e 548 § 1º III). Em que pese adotar o modelo acusatório, previu a iniciativa do juiz para a imposição de custódia cautelar no curso do processo (art. 513 e parágrafo único). Em outros termos, muito embora o *Anteprojeto* tenha se empenhado em evitar conferir o poder geral de cautela ao juiz criminal (art. 514), deixou escapar a possibilidade de decretação destas providências *ex officio* pelo magistrado após o oferecimento da denúncia, como se fosse ele responsável por zelar pela qualidade da prova contida na acusação. Não poderá trazer a prova para o processo por conta própria (corolário da conquista acusatória do art. 4º), mas poderá decretar a

¹⁰²⁹ De notar que originalmente o *common Law* desconhecia a *plea bargain*, repudiando acordos desta natureza no século XVIII (LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, pp. 18-20) e que hoje, ao que se estima, 90% das causas criminais não vão a julgamento pelo Tribunal do Júri nos Estados Unidos da América, sendo decididas através deste mecanismo (MALAN, Diogo. “Sobre a Condenação sem Julgamento Prevista no PLS 156/09”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 207 – Fevereiro/2010, p. 03).

¹⁰³⁰ PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*, 173 ss..

¹⁰³¹ Em sentido crítico, cf. MALAN, Diogo. “Sobre a Condenação sem Julgamento Prevista no PLS 156/09”, pp. 02-03. De acordo com a premissa de que o instituto “*simplifica a decisão da causa*”, pois (pasmе!) “*elimina as incertezas da instrução*” – obviamente, testemunho do comum e escancarado investimento no polo da *certeza apressada* da decisão amplificadora da *crença* – por certo, noutros termos, deve estar a falar sobre a busca da eliminação das incertezas de que o réu possa não ser punido – cf. BETINI, Alexandre. “Ainda sobre a Condenação sem Julgamento Prevista no PLS 156/09”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 209 – Abril/2010, p. 11.

prisão preventiva do réu se estiver convencido de que este está embarçando a colheita da prova.¹⁰³²

No que convém destacar, acerca dos princípios estruturais a informar a tardia mudança para o sistema acusatório, nosso mote de análise, nada melhor que começar com a importância da “*Exposição de Motivos*”, introduzida pela Comissão de juristas ao *Anteprojeto*. Documento que passou, em 22 de abril de 2009, a tramitar com o nome de Projeto de Lei do Senado nº 156 (PLS nº 156/09); subscrito integralmente e de autoria do próprio Presidente do Senado José Sarney (PMDB/AP). Precisamente, por situar-se no limiar entre variadas sensibilidades e pressões doutrinárias e políticas, é que suas *opções estruturais* ganham enorme relevo para além das tematizações específicas. A premissa do descompasso inquestionável acerca do Decreto lei nº 3.689 de 1941 (CPP/41) e a nova ordem constitucional de 1988, quer dizer, a subjugação aos balizamentos constitucionais surge como pauta mínima, e são levadas a cabo explicitamente pela adoção do princípio acusatório, indicativo claro de um desejo de aglutinar sistematicamente os pontos de definição, mormente o ponto hígido relativo ao lugar do juiz no processo penal.¹⁰³³ Daí o tão fundamentalmente importante “*Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*”¹⁰³⁴ Insiste-se numa acertada identidade criteriosa de um sistema processual calcado na “*importância de se observar ao máximo o distanciamento do julgador ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes.*”¹⁰³⁵ E nisto já se anteviu por cautela, a propósito, as

¹⁰³² GOMES, Marcus Alan de Melo. “O Projeto de Lei do Código de Processo Penal: a escolha de um novo horizonte?”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 209 – Abril/2010, p. 04.

¹⁰³³ “(...) é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um ‘dono da prova’.” (STRECK, Lenio Luiz. “Novo Código de Processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)”. In: *Revista de Informação Legislativa (Reforma do Código de Processo Penal)*, p. 120).

¹⁰³⁴ BRASIL – SENADO. *Anteprojeto*, p. 31.

¹⁰³⁵ Segue o *Anteprojeto*: “*Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a*

posições que enxergassem nesta reconfiguração, quando não a impunidade, suposta redução das funções jurisdicionais. De fato, o que parece desconfortar aquilo que seria alguma perda de “protagonismo” do magistrado na cena jurídica, mais profundamente, antes, diz respeito à radical tradição (já vista) de atrelamento da função jurisdicional – não raro acompanhada da enorme demanda de punição e da correlata formação destes próprios atores judiciais – não com a devida qualidade típica de garantidores das liberdades individuais, mas como tutores de alguma qualidade investigatória/punitiva. Tudo indica que o receio da “perda de poder” tem por detrás de si, pois, a premissa de que o magistrado apenas se prestaria ao esforço da persecução, de algum “justiçamento penal” (aqui leia-se condenação) e não, sobre o ajuste acusatório, à maximização dos direitos fundamentais; exatamente o que lhe possibilita atingir o seu mais alto grau de “ativismo” como garante da ordem constitucional e, por isso, do cidadão. A pertinência deste juízo crítico é que permitiu a redação, em bom rigor, também do art. 165 do *Anteprojeto*, mais adiante solapado (chegaremos lá) pela tramitação do PLS nº 156, a dizer: “*Art. 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.*”¹⁰³⁶. Largamente distante da previsão atual do artigo 155 do CPP (dada pela Lei 11.690/2008), sufragou-se a básica submissão ao contraditório dos elementos a serem utilizados como mote do convencimento judicial, neste ponto sem concessões.

Com tramitação rápida, após trabalho da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do CPP (CTRCPP), que elaborou o Substituto (Emenda nº 1) ao PLS nº 156 após 17 reuniões e 12 audiências públicas de restrita participação da sociedade civil¹⁰³⁷,

demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação.” (BRASIL – SENADO. *Anteprojeto*, p. 17).

¹⁰³⁶ BRASIL – SENADO. *Anteprojeto*, p. 63.

¹⁰³⁷ O *Parecer nº 2.630* com 436 páginas que naquela altura fora aprovado (em 09 de dezembro de 2009), nos termos da Emenda nº 1 da CTCPP ao PLS nº 156 (Substituto nº 1), já continha, desde os relatórios parciais (exigência do art. 374, IV, do Regimento Interno do Senado Federal), claros sinais das tentativas de refluxo à lógica inquisitorial – da mudança para que tudo se mantivesse no mesmo timbre do CPP/41. Em matéria de prova, particularmente, evidente o retrocesso quando do exame do relatório parcial do Senador Valter Pereira (PMDB/MS) responsável pela matéria. Após as 12 audiências públicas, contidas ali como propostas ao PLS nº 156, dentre outras: “*a) ressalva, no art. 4º do projeto de Código, de que o juiz poderá determinar de ofício a produção de provas sob risco de perecimento (...) h*

em sede da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, de presidência do senador Demóstenes Torres (DEM/GO) e sob a relatoria do senador Renato Casagrande (PSDB/ES), foi aprovado o Parecer nº 334 em 17 de março de 2010 (Substitutivo nº 2) e em plenário (1º turno) da Casa dia 12 de abril de 2010. Neste compasso, de pronto, cabe destacar a correspondência enviada pouco antes da aprovação do Parecer, em 03 de março de 2010, pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), com referida *Nota Técnica* (depois publicada em 19 de maio de 2010 como *Nota Técnica nº 03/2010*¹⁰³⁸ pela entidade) relativa ao Projeto, preocupada com a vedação de o juiz ter a iniciativa de produção de provas. Esclarece, porém, em resposta o texto do Parecer:

*“(...) cumpre-nos esclarecer que no processo penal acusatório, a produção das provas cabe precipuamente às partes, devendo o juiz conservar-se em posição equidistante, justamente em respeito ao princípio da imparcialidade. Por outro lado, não é demais ressaltar que o projeto de Código preserva a faculdade de o magistrado realizar, por iniciativa própria, diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida.”*¹⁰³⁹

alteração do art. 162 do projeto de Código para permitir que o juiz ordene, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, bem como a realização de diligências, no curso da instrução, para dirimir dúvida sobre ponto relevante; (...) j) quanto ao princípio do livre convencimento do magistrado (art. 165, caput, do projeto de Código), o relatório admite que a decisão possa buscar fundamento, contanto que não seja exclusivo, nos elementos informativos colhidos na investigação” (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Parecer nº 2.630. Brasília: nº 201, publicado em 16 de dezembro de 2009, pp. 70.783-70.786). Naturalmente, tudo indicando a força para a manutenção das mesmas premissas da reforma de 2008, algo que o Parecer não cedeu: “Data venia, estamos persuadidos de que tal possibilidade fere o modelo acusatório. Num processo marcado pelo contraditório das partes, cabe precipuamente ao órgão de acusação ou à própria defesa solicitar a produção antecipada de provas. Fosse admitida a iniciativa do juiz (e devemos considerar que a palavra “perecimento” exige avaliações nem sempre objetivas), este estaria se inclinando para um dos lados da contenda. Com todo respeito, o Ministério Público está lá justamente para zelar pela produção de provas que corroborem a tese da acusação. Insofismavelmente, se a antecipação fosse determinada por iniciativa exclusiva do juiz haveria substituição da atuação probatória do Parquet. (...) Pelas mesmas razões, somos contrários à proposta de alteração do art. 162 do projeto de Código. (...) De sua vez, a ressalva que se quer introduzir no art. 165, caput, do projeto de Código com o objetivo de permitir que o juiz busque apoio em elementos informativos não submetidos ao contraditório judicial, desde que a decisão não esteja fundamentada exclusivamente em tais elementos, equivale a sacrificar os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Ora, se a informação não foi submetida ao devido processo legal, o juiz não pode se valer dela para condenar o acusado. Assim, data venia, o advérbio “exclusivamente” soa-nos como um eufemismo para mutilar os aludidos princípios.” (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Parecer nº 2.630, pp. 70.909-70.912).

¹⁰³⁸ AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil. *Nota Técnica nº 03/2010*. Brasília, 19 maio de 2010. (Consulta no próprio site da associação www.ajufer.org.br).

¹⁰³⁹ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Parecer nº 334. Brasília: nº 48, publicado em 13 de abril de 2010, p. 13.452.

O conteúdo da *Nota* é sintomático, quando não extremamente esclarecedor, para pautar algumas direções neste contexto intrigante, em que discretos alinhamentos com a matriz inquisitorial deixam clarificada a situação problemática da demarcação do entendimento sistemático do modelo acusatório mesmo no plano democrático. O elemento corporativo que se anuncia parece descortinar o preço excessivo da deriva acusatória para alguns interesses políticos em questão. O compasso das manifestações da AJUFE, em desagrado ao PLS nº 156/09, identificam alguns nós e nichos inquisitivos que precisam ser tratados. a preocupação imediata já se inicia¹⁰⁴⁰ com a defesa do *poder de instrução complementar do juiz* na altura privilegiada da modificação dos arts. 4º e 162, parágrafo único.¹⁰⁴¹ A justificativa traz seu respaldo na

¹⁰⁴⁰ Além desta pauta, há incisiva crítica da *Associação ao juiz de garantias*, entendendo plenamente compatível com o sistema acusatório um mesmo juiz atuar diretamente na investigação e depois julgar o processo, nada afetando sua parcialidade. Respalda seu o argumento na larga tradição brasileira neste sentido, inclusive respaldada pelos Tribunais Superiores, em nada, segundo ela, afetando a Carta Constitucional. O prisma da profunda cultura inquisitiva, nunca é demais dizê-lo, não cessa de se apegar ao seu vetor de maior valência que é aquele da *permanência*. Há ainda, dentre outras posições, na *Nota*: o contraponto às hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento pela morosidade que implicaria; a inconveniência do acesso ao inquérito policial pelo investigado e seu defensor para o sucesso do trabalho policial; advoga-se a possibilidade de o próprio juiz requisitar a abertura de inquérito policial; de autorizar a requisição pela polícia de dados cadastrais sobre o investigado constante de banco de dados público ou privados em radical violação à esfera da intimidade pessoal; a necessidade de prolongar o prazo para mais de um ano da interceptação telefônica, além de requerer que todos os métodos especiais de investigação fossem mantidos em legislação complementar em pleno exercício de ignorância à *Reserva de Código* que deveria vigorar, principalmente quando tratamos de métodos de investigação; retoma a força peremptória da prisão automática decorrente da sentença condenatória recorrível, e pela redação haveria estranhamente de se verificar quando o réu ficaria solto, e não a exceção da sua constrição de liberdade, ou seja, modificando completamente a condição do ainda não condenado, em fiel violação à presunção de inocência. De tudo, ainda não poderia faltar, além do aumento do próprio prazo de duração da prisão preventiva e do rechaço total do reexame periódico de sua decretação, a ampliação das suas hipóteses, mesmo em crimes onde a penal final não corresponderia ao cerceamento de liberdade, em flagrante desproporcionalidade. (AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil. *Nota Técnica nº 03/2010*, pp. 5-48).

¹⁰⁴¹ Na grafia original posta no próprio *Anteprojeto* constava: “Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (...) Art. 162. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.” (BRASIL – SENADO. *Anteprojeto*, pp. 27 e 54). Antecipe-se que cremos haver aí dentro da própria montagem acusatória uma grave concessão a este desejo quanto ao apostado no art. 162, no tocante à questão do esclarecimento da dúvida. Mesmo circunscrita à prova produzida, e mesmo sendo em favor da tese defensiva, tal questão não deveria sequer ser posta, se quisermos levar a sério o princípio acusatório e, principalmente, a presunção de inocência. Doutra parte, pouco preocupada com esta linha, pelas modificações sugeridas pela AJUFE, a redação teria: “Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código. Art. 162. As provas são propostas pelas partes. Parágrafo único. O Juiz poderá determinar a

tradição do direito pátrio e sob a égide de algum direito comparado, demonstrando o atuar supletivo do juiz. A maneira de lidar com a matéria claramente noticia o abismo do tratamento adequado de parte da magistratura brasileira em lidar com seu lugar no processo penal acusatório, propondo, nada mais nada menos, que se mantenha a mesma redação da reforma de 2008: as partes, a rigor, é que trabalham de forma auxiliar ao juiz, já que a ele cabe, em dúvida, toda e qualquer produção probatória mesmo antes de intentada a pretensão acusatória, olvidando completamente a carga probatória que recai exclusivamente sobre a acusação. Seu medo está em “*transformar o processo em mera disputa entre Defesa e Acusação*” com “*prejuízos à descoberta da verdade e correta aplicação da lei penal.*” Novos ecos de um “direito de punir” de índole autoritária, acrescida de uma concepção hipertrofiada de verdade alheia às grelhas acusatórias. Bastaria um Juiz, a Acusação e a Defesa, formalmente distintos – como não se cansa de afirmar, para que se sustentasse o modelo acusatório, lógica permanentemente aceite nos disfarçados sistemas inquisitórios “mistos”. A “prova real” (se estivéssemos em paradas matemáticas) de que se finca em firme solo inquisitorial estaria no fato de que, nesta linha, iniciado o processo, ele poderia, idealmente, até dispensar as partes e ser pensado apenas com o magistrado presente, na medida em que o julgador, por princípio de *impulso oficial*, em tese, nada oferecendo de provas às partes, estaria habilitado a exercitar “todo o resto”, podendo satisfazer os elementos da acusação. A prova neste terreno seria apenas uma faculdade a ser exercida pela acusação, já que o juiz estaria sempre pronto (posto que em dúvida apenas com a peça acusatória inicial) para trabalhar completando os afazeres das demais funções em busca de uma verdade hipertrofiada. Já se deduz que a problemática centra-se muito menos em questões técnicas que em círculos corporativos – pode-se perguntar: questão de “protagonismo” e de monólogo jurídico?

O pensamento repressivista é posto, decerto, a descoberto sob os reclamos de que o projeto “*permite que o juiz atue supletivamente em benefício da Defesa mas, sem muita coerência, não em favor da Acusação. Assim, se o promotor cometer um erro, deixando de apresentar ou requerer uma prova relevante, o juiz ficará impedido de*

realização de diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Adiante: “*A redação ora sugerida para o artigo 162 do projeto é similar à constante no artigo 156, II, do Código de Processo Penal vigente.*” (AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil. *Nota Técnica nº 03/2010*, pp. 02 e 05).

atuar e a sociedade ficará desamparada.”¹⁰⁴² A promiscuidade concebida entre as funções dá-se como se sujeito judicial imparcial atuasse em parceria com a acusação. Tais paladinos da “sociedade fragilizada” descuram de seu próprio papel contra-majoritário e de proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹⁰⁴³ Pontue-se que a contrariedade da *Associação* está longe de dizer especificamente com o tratamento supostamente desigual dado à Defesa em detrimento da Acusação; contudo, refere-se, claramente, à contrariedade de que os magistrados devem ficar adstritos às provas produzidas pelas partes¹⁰⁴⁴ – este é ponto crucial. Nesta direção, não poderia deixar de estar consignado o contumaz argumento de tentar afastar o comprometimento da imparcialidade judicial na busca por provas complementares àquelas dispostas pelas partes, pela motivação de que “antes do juiz ter presente o resultado da prova, é impossível que saiba se ela irá favorecer a Defesa ou a Acusação”.¹⁰⁴⁵ Se ele não o

¹⁰⁴² AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil. *Nota Técnica nº 03/2010*, p. 03.

¹⁰⁴³ Talvez aqui estivesse o ponto de maior erro estratégico daqueles redatores do projeto que nesta parte concederam uma atuação complementar ao magistrado, ainda que sobre a prova produzida em favor da defesa. Ceder espaço a tais influxos, primeiramente dá azo para que numa simples (quando não cínica) argumentação disponha-se sobre um “tratamento igualitário” entre as partes. Mas o pior é que, independentemente disto, supõe que o magistrado possa, sobre a prova produzida, violar o sistema acusatório, não por extensão, mas pelo exercício do seu poder de instrução por intensificação da prova produzida pelas partes. Ponto que, a diante, retornaremos.

¹⁰⁴⁴ Presente na *Nota*: “ (...) há significativa diferença entre a possibilidade de determinar a produção de provas de ofício para dirimir dúvida sobre ponto relevante, que consta na atual redação do artigo 156, II, do Código de Processo Penal vigente, e a possibilidade de esclarecer dúvida sobre a prova produzida que consta na redação proposta para o artigo 162 do projeto.” (AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil. *Nota Técnica nº 03/2010*, p. 04).

¹⁰⁴⁵ Segue a *Nota*, como exemplo a sustentar a tese: “cogite-se de caso no qual o acusado afirme em interrogatório que não seria o autor de determinado crime, pois, no momento de sua prática, estaria em outro local, o que teria sido presenciado por testemunhas. Suponha-se que a Defesa não arrole as possíveis testemunhas do álibi por falha ou omissão deliberada. Caso o juiz determine de ofício a oitiva das testemunhas, a prova resultante pode ser favorável à Defesa se as testemunhas confirmarem o álibi ou desfavorável à Defesa se não confirmarem.” (AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil. *Nota Técnica nº 03/2010*, pp. 03-04). Tem-se aqui como mote, ao fundo, sempre o caso de suprir a “deficiência das partes”, como se, à tal superfunção judicial, não fosse suficiente *decidir*. Segundo a hipótese trazida, não haveria condições de dizer se tal prova viria a beneficiar ou não o réu. Mais uma vez, diga-se, a questão é sumamente anterior. Independentemente da alegação/comprovação do álibi do réu “x”, *carga* que ele pode ou não se desincumbir (*chance* a exercer), é de dever da parte *acusatória*, dentre os demais elementos da sua *pretensão* (demonstrar o fato típico, ilícito e culpável), comprovar que era o acusado “x” que se encontrava no local do crime sobre o qual está sendo julgado (autoria) e, em nada disso, haveria de prova negativa. Incumbe ao acusador provar a existência de todos os elementos que integram a imputação, inclusive no tocante à prova da inexistência de causas de justificação, dotadas de elementos positivamente demonstráveis. Para isto, ver: GUARNERI, Jose. *Las Partes en el Proceso Penal*, p. 305; no mesmo sentido, do mesmo GUARNIERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1939, pp. 93 e

deve fazer em função da *presunção de inocência*, que pesa no caso de *dúvida* ao final do trajeto da instrução processual, qual será o “provável” resultado da prova quando o magistrado sair à caça de algum elemento complementar? A visão é distorcida para nublar o essencial. Antes de tudo, independentemente se se é ou não capaz de saber o resultado da prova, o fato de ir a sua cata, algo desnecessário levando em conta a *presunção* que ali pesa no caso de *dúvida*, já denuncia a mácula da atividade equidistante. Fá-lo-á, independente de sua boa vontade, respondendo aos *desejos* de suplantar a hipótese acusatória.

A análise desta crítica deve ter como premissa um exame mais profundo dos próprios artigos originais amparados pelo PLS nº 156/2009. Se o enorme avanço e giro constitucional visado pelo artigo 4º, que respalda o sistema acusatório, é central e de indubitável importância, pois proíbe ao juiz, além das produzidas pelas partes, provas outras complementares, ele tem seu valor alterado (senão mitigado e comprometido) quando permite, apesar de ser sobre o âmbito da prova produzida, ao magistrado “esclarecer *dúvida*” sobre ela. Mesmo que com a expressão “*observado o disposto no artigo 4º*”, fique demonstrado que, em suma, o juiz apenas poderá esclarecer *dúvida* se em favor da defesa,¹⁰⁴⁶ ele acaba, por vias reflexas, fragilizando a opção acusatória, porque não leva devidamente a sério a *presunção de inocência* orientadora nestes casos.

Talvez tenha sido por isso que a intervenção do magistrado quanto à produção da prova de defesa – ainda que cativa quiçá de um trauma diante das precárias condições de defesa (vide art. 60 do *Anteprojeto*¹⁰⁴⁷) a que são submetidos os réus

ss.. São eles elementos próprios e concretos da acusação sobre os quais deverá se debruçar a sua prova. E sobre eles nada deve se infiltrar o magistrado, requerendo oitiva de testemunhas complementares. Se, ao final da instrução, restou a *dúvida* sobre se o acusado “x”, de fato, estava no local do crime, impõe-se, é sabido, a absolvição, independentemente da oitiva de quem quer que seja a mais.

¹⁰⁴⁶ Ainda dizendo respeito à atual legislação processual penal brasileira, serve indicar a postura do escrito de autoria do Relator-Geral da Comissão Externa de Juristas do *Anteprojeto* do novo CPP, Eugenio Pacelli: “*Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração de inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização efetiva da igualdade, no plano material, e não meramente formal. A construção da igualdade material passa, necessariamente, como há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre iguais e desiguais.*” (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 14ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 327).

¹⁰⁴⁷ “Art. 60. *Todo acusado terá direito à defesa técnica em todos os atos do processo penal, exigindo-se manifestação fundamentada por ocasião das alegações finais e em todas as demais oportunidades em que seja necessária ao efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório. Parágrafo único. Se o acusado não o tiver, e no foro onde não houver Defensoria Pública, ser-*

Brasil afora, tivesse a esperança de reequilibrar as armas – foi objeto de profunda controvérsia dentro da própria Comissão, como assevera um de seus membros: “*parte da Comissão entendeu que isso não deveria passar, dentre outros motivos pelo fato de que, ao final, se houver dúvida, deve o réu ser absolvido, em face do in dubio pro reo. Ademais, à intervenção probatória do magistrado não se tem, pela lei, qualquer mecanismo de garantia que não atuará ele contra o réu; e sim ao seu favor.*”¹⁰⁴⁸

Desnecessária esta previsão e, ao que futuramente deixa intuir – se levarmos em conta o alerta essencial de que não há nenhuma condição de firmar que o juiz estará realizando tal tarefa com traço defensivo, o que não afastará em realidade inumeráveis hipóteses de fazê-lo apenas sob esta carapuça travestida de um *desejo* completamente diferente – pode-se arriscar que fora, de alguma forma, parte do preço político a ser pago pela radical e necessária propositura do art. 4º. É o vigilantismo inquisitorial que (re)aparece quando não feita uma leitura radical acerca da extensão do princípio acusatório.¹⁰⁴⁹ Ao admitir-se no *Anteprojeto* alguma iniciativa probatória ao juiz, leia-se corretamente, *poderes de instrução*, acaba-se por esquecer que quando, num processo penal, o estado de incerteza não cede em virtude de uma *aceitabilidade justificada* da pretensão acusatória, ela resolve-se em favor do acusado. Como questiona Prado proficilmente: há outro viés agudo que não pode passar batido: se num ambiente democrático, toda a defesa deve ser efetiva sob pena de tornar-se inválida, restaria algum lugar para a

lhe-á nomeado defensor para o processo ou para o ato, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. O acusado arcará com as despesas do defensor designado pelo juiz, salvo quando não puder fazê-lo por impossibilidade material.” (BRASIL – SENADO. *Anteprojeto*, p. 43).

¹⁰⁴⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado”, p. 15. No mesmo sentido, CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. “Perspectivas Principiológicas de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório”. In: *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição* (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). MIRANDA COUTINHO, Jacinto e CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti de Castanho de (orgs.), p. 19.

¹⁰⁴⁹ É assim que os finos tons das concessões inquisitoriais tomam à dianteira e aduzem: “*no que diz respeito à limitação dos chamados poderes instrutórios do juiz ao momento da sentença, a proposta parece ser excessivamente radical, pois não é razoável imaginar um juiz que se mantenha expectador (...)*” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. “Princípios Gerais da Prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal”. In: *Revista de Informação Legislativa* (Reforma do Código de Processo Penal). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.), pp. 36-37). Novamente o faz, como escrevemos, pelo natural argumento da “tendência”, mesmo em países de matriz do *common law*, desta prática e, particularmente, sob a tese de que seria mais proveitoso deixar ao alvedrio do juiz a iniciativa probatória quando houvesse *motivação*. Ao que já dissemos, a tese se esgueira ao polo mais sensível de se tocar com a *convicção* e, a seu modo, a crença paralela à *evidência*, ou seja, investe exatamente no caráter expansivo da *convicção*, cada vez menos suscetível de se contraditar, e amplamente favorável às justificativas de ocasião pouco ou nada refutáveis.

intervenção probatória do juiz, senão para organizar o conjunto probatório em desfavor do acusado?¹⁰⁵⁰ Imperativamente não. Este rasgo aberto é que dará condição, de forma transversa, de se colocar com profusão argumentos como o da AJUFE, que despistam o seu caráter punitivista com o rótulo de igualdade de tratamento (entre Acusação e Defesa na atuação probatória complementar do juiz), passando ao largo a questão central de que o terreno já está *pré-ocupado pela presunção de inocência* e apenas à acusação cabe comprovar suas alegações.

Na *Nota Técnica*, ainda, bom lembrar, há a sugestão de alteração quanto ao artigo 165, precisamente para confirmar seu desejo de refluxo com relação ao PLS nº 156/09 e de reafirmação da redação aposta pela então reforma de 2008. Noutros termos, expressam o juízes federais, no parágrafo primeiro do seu alterado artigo 165¹⁰⁵¹, a vontade de retomar capciosamente um *novo episódio do advérbio*. Dá-se força, outra vez, como visto, ao operador epistêmico que garante a entrada da inversão da regra do contraditório e imprime a fácil *adesão ao regime de evidência*, atinente aos elementos colhidos na investigação preliminar como pontos nodais na formação do convencimento judicial.

Premente, não obstante, seguindo as pistas da tramitação do PLS nº 156/2009, é destacar o universo das 46 Emendas propostas no âmbito da CCJ, naquele momento para a alteração do referido Substituto (Emenda nº 1) ao PLS nº 156 (antes, como dito, elaborado pela CTRCPP derivado de adaptações e ajustes ao texto original vindo da comissão de juristas). Em especial a emenda de nº 19, do senador Pedro Simon (PMDB/RS), que encampou e reproduziu fielmente a mesma preocupação da AJUFE na busca de alterar os artigos 4º e 162, parágrafo único, do Projeto, para excluir a vedação

¹⁰⁵⁰ PRADO, Geraldo. “Sobre o Projeto de Código de Processo Penal”. In: *Revista de Informação Legislativa* (Reforma do Código de Processo Penal). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.), pp. 98-99. Aparentemente, a rigor do próprio argumento do autor, que neste contexto admite a completa desnecessidade de alguma iniciativa probatória judicial em favor da defesa, há certa dissonância com o exposto noutra momento sobre o poder do magistrado que “*moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas da inocência, conforme as teses a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa.*” (PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*, p. 137).

¹⁰⁵¹ “*Artigo 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados. §1.º O juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*” (AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil. *Nota Técnica nº 03/2010*, p. 27).

de o juiz ter a iniciativa de produção probatória.¹⁰⁵² Repetem-se os argumentos. Na justificção, segundo ele, tais artigos implicariam uma redução de poder do magistrado, não concorrendo para “*o esclarecimento da verdade buscado no processo penal.*” Ainda, vedar esta atuação supletiva ao juiz contrariaria – nisto, infelizmente, não está nenhuma inverdade – a “*tradição legislativa e jurisprudencial brasileira que sempre confiou ao magistrado tal poder*”. Eliminar o poder de instrução do juiz (mesmo que o Projeto àquela altura tenha permitido exercê-lo, sobre a prova produzida, em problemática sede defensiva) seria para o senador – aqui, sim, o baluarte da postura inquisitiva – gerar o “*risco de que o processo se torne mera disputa entre acusação e defesa*”, como se, de fato, não devesse ser exatamente o perfil de qualquer processo que se queira minimamente assentado em parâmetros acusatórios. O importante é deixar firmados tais pressupostos, de pouca preocupação com a estrutura acusatória do art. 4º, tendentes a assegurar a atuação supletiva do juiz para atuar nas eventuais “falhas” das partes, pois eles não tardarão a retornar até a aprovação final do texto. Rejeitada, porém, a proposta naquele momento pelo motivo vez mais assentado: “*a possibilidade de o juiz participar ativamente da instrução probatória colide com o espírito do PLS, que adota fortemente o princípio acusatório.*”¹⁰⁵³

Adiante na questão, dia 23 de novembro de 2010, como dito, foram apresentadas 214 Emendas e, em Turno Suplementar, foi aprovado o Parecer na CCJ, dia 30, do mesmo mês. Oportunamente, como *Parecer nº 1617*, este foi levado à leitura no plenário do Senado Federal, dia 02 de dezembro, e aprovada sua redação final (*Parecer nº 1636/2010*) em sessão extraordinária do dia 07 de dezembro de 2010, posteriormente remetido à Câmara dos Deputados. Antes de adentrarmos no ponto inafastável da junção entre os sistemas, qual seja, a *gestão da prova* e alguma questão nodal que possa implicar uma *inflexão inquisitiva* maior sobre os traços acusatórios em questão, quase por registro de memória histórica sobre a tramitação do novo CPP, denotando as forças

¹⁰⁵² Ficaria assim a redação dos artigos, em teor quase idêntico à proposta da AJUFE, rejeitados pelo Parecer: “*Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código.*” e “*Art. 162(...) Parágrafo Único – “Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante ou sobre prova já produzida.”* (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 334*, p. 13.458). Ambas, a Emenda, bem como sua justificção, estão disponíveis em <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/73521.pdf>. Para acessar as demais Emendas apresentadas, no total de 46, ver: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/DocsComissao.asp?p_cod_mate=90645.

¹⁰⁵³ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 334*, p. 13.469.

políticas que se embatem nos bastidores das meras questões técnicas, há a necessidade de repousar especialmente sobre a Emenda nº 81, de autoria do senador Aloizio Mercadante (PT/SP). Ela retoma, diria melhor, vez mais incorpora concretamente a polêmica já trazida na *Nota Técnica* da AJUFE, sobre a flexão do advérbio “exclusivamente”, ao permitir, supostamente de forma “excepcional”, ao magistrado fundar sua *convicção* em elementos colhidos na fase de investigação. Ao caput do art. 165 do Substitutivo nº 2, a Emenda novamente propõe o retrocesso ao moldes do que atualmente vigora no CPP, após a reforma de 2008, no art. 155: “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente naquelas produzidas durante a investigação policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*”

A fundamentação para tal dá-se primordialmente na *imediatez* dos indícios e sua proximidade dos fatos e, assim, “*seria desarrazoado vedar o juiz*” de utilizar deles “*para fins de esclarecer a verdade real sobre um crime*”. Segundo o legislador, “*como exemplo, podemos citar os crimes contra a pessoa, tais como na elucidação de um homicídio, ou infanticídio. Ou mesmo no caso de suicídio no qual os indícios são as principais, e às vezes, as únicas provas disponíveis.*” Assim, sobre a franciscana argumentação da assunção do déficit de inteligência investigatória, defende que “*andou bem o legislador quando na recente minirreforma do Código de Processo Penal na edição da Lei 11.690 de 9 de junho de 2008.*” Sobre suposto oferecimento de liberdade ao juiz na valoração da prova – lembrando a ressalva de Cordero, de quando a fórmula do livre convencimento torna-se retrato de um conhecimento onívoro em perfeito estilo inquisitório¹⁰⁵⁴ – reproduzida na fórmula, “*podendo firmar seu juízo em todo o conjunto probatório, incluindo-se aí as provas indiciárias*”¹⁰⁵⁵, pretensamente se quis manter com a Emenda nº 81 as etiquetas sentenciais pretensamente ancoradas nas provas em contraditório, mas que têm seu lastro radical na inquisitiva coleta de elementos na fase preliminar, mais uma vez não vislumbrando que o objetivo deste precioso trabalho preliminar se dirige não ao convencimento do magistrado, mas à formação da opinião acerca da *pretensão acusatória*. Não obstante a Emenda, na forma em que fora apresentada, tenha sido peremptoriamente rechaçada primeiramente pelo Relatório

¹⁰⁵⁴ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, pp. 567 e 602-603.

¹⁰⁵⁵ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Retificação - Emendas nºs 1 a 214 – Plen., de 2010, referente ao Substituto ao Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Brasília: nº 202, publicada em 08 de dezembro de 2010, pp. 57.312-57.313.

apresentado à Comissão¹⁰⁵⁶, alterada foi – doutra forma, pela aprovação de uma Subemenda (nº 10) do Relator à Comissão, após entendimento com o senador Aloizio Mercadante, – a redação do então art. 165 *caput*, que depois viria firmar-se como art. 168 na redação final do *Parecer nº 1636*. Com a retirada do malfadado termo “exclusivamente”, consignou-se: “Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.”¹⁰⁵⁷ Notadamente, o preço político pago para não termos os elementos da investigação reinando soberanos sobre o convencimento do juiz, devido à pressão exercida pela classe dos Delegados de Polícia, foi o reminiscência das chamadas “provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, sobre as quais o *contraditório* aparece normalmente prejudicado.

Comprovação disto aparece na leitura das Atas da 18ª e última reunião da CTRCPP, do dia 30 de novembro de 2010, começada às 14hs50m, dois dias antes da

¹⁰⁵⁶ “O PLS nº 156, de 2009, vale a pena frisar, valoriza o inquérito policial como instrumento para a identificação das fontes de prova (art.8º). Portanto, na fase de investigação, cujo material produzido destina-se à formação do convencimento do órgão do Ministério Público, não há contraditório nem ampla defesa. Trata-se de procedimento administrativo unilateral, sem a intervenção do investigado. Em caso de urgência na produção de provas, o juiz das garantias poderá tomar a frente do procedimento, competindo-lhe decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 14, VII). Como se vê, o projeto de novo CPP foi concebido dentro de um sistema de normas orientado aos valores constitucionais. Ora, se os dados coligidos na fase de investigação não foram produzidos à luz do contraditório e da ampla defesa, como poderiam embasar uma condenação criminal? A única forma seria submetê-los à instrução processual, onde as partes poderão contestar ou legitimar aquilo que fora produzido. É nesse sentido que o art. 165 do projeto de novo CPP preceitua que “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.” Entendemos que o texto proposto pela emenda em análise, ao permitir condenações fundamentadas em informações que não foram submetidas a contraditório judicial, é de constitucionalidade bastante duvidosa, pois não se harmoniza com a previsão do art. 5º, LV, da Constituição da República. Sentimo-nos seguros para afirmar que a emenda em destaque não pode prosperar, pois colocaria em risco todos os esforços até aqui envidados para a conformação plena do diploma processual penal ao texto da Constituição de 1988, além de quebrar a inteligência sistemática do texto em construção. Por todas essas razões, manifestamo-nos pela **rejeição da Emenda nº 81.**” Relatório final apresentado na Comissão dia 30 de novembro de 2010 pelo Senador Renato Casagrande, acessível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84353&tp=1> (excerto citado, pp. 100-101).

¹⁰⁵⁷ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 1636* – Redação Final do Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009. Brasília: nº 202, publicado em 08 de dezembro de 2010, p. 57.203 (a redação final está publicada em suplemento à presente edição, acessível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>, cit. p. 36).

leitura em Plenário do *Parecer nº 1617*. Sob a presidência da senadora Serys Marly Slhessarenko (PT/MT) e após recapitulação da ordem de tramitação resumida do PLS nº 156/09, feita pelo relator, senador Renato Casagrande, pela ordem, o senador Aloizio Mercadante pediu a suspensão temporária da sessão (que acabou concedida para ser retomada às 18hs do mesmo dia) para discutir com o Relator algumas Emendas encaminhadas pela Polícia Civil e Federal do Brasil a serem negociadas também com representações do Ministério Público.¹⁰⁵⁸ São palavras do próprio relator senador Renato Casagrande antes de suspensa a sessão:

*“Eu acho que o melhor caminho é esse mesmo, suspendemos até as 18 horas (...) Mas explicando a todo mundo que está aqui que nós fizemos três anos de debate. Tem coisa que não tem solução, não tem entendimento. Tem temas que não têm entendimento. Então, se nós ficarmos sem votar por falta de entendimento, nós não votaremos. Mas vamos tentar, mais uma vez. Nós já buscamos aqui equilibrar, para que a gente busque uma peça que seja sintonizada com a modernidade, com a celeridade e com o direito do cidadão de ter defesa, não é? E sintonizando o Código com os tempos atuais. Então é fundamental que todos nós que estamos aqui precisamos compreender que tem temas que são temas de lutas corporativas, de uma corporação contra a outra, e que nós não vamos chegar a um entendimento objetivo para entender a todos.”*¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁸ Saliente-se que não mais poderiam ser propostas emendas naquele momento da tramitação, senão aquelas de iniciativa do próprio Relator, como subemendas, por isso a insistência do Senador Aloizio Mercadante, sob forte pressão dos Delegados de Polícia, em tentar “negociar” com a relatoria. Extrai-se das transcrições taquigráficas: *“Eu queria pedir, Sr. Relator, se nós pudéssemos fazer uma breve... Pedido de vistas, para votarmos amanhã, pode ser amanhã cedo, ou amanhã, no máximo início da tarde, para não prejudicar a votação em Plenário. Ou mesmo hoje, se for o caso. Eu precisaria de algumas horas para tratar... Podemos fazer hoje mesmo, o pedido de vista, e votava no final da tarde. Tem algumas emendas que eu precisaria sentar com o relator e discutir. (...) tem quatro emendas que foram encaminhadas, dos delegados de Polícia Civil e Federal do Brasil, de todo o setor de Segurança da Pública, que eu gostaria de sentar e ver de parte do relator os argumentos mais profundos e substantivos. Nós estávamos até fazendo uma reunião com a representação mais competente que o Ministério Público tem nessa Casa, em termos de matéria processual, que é o nosso Tito [Tito Souza do Amaral, membro da Comissão externa de juristas] aqui, sempre de plantão para defender os interesses... E sempre que ele está dá problema com os delegados... Olha, já chegou a tropa toda aqui, vocês estão vendo, e nós estamos aqui sentados, tentando chegar no entendimento. Da última vez... No combate às organizações criminosas, nós demoramos, mas chegamos no entendimento entre as duas partes. Eu gostaria de ter a chance de buscar o entendimento e pediria ao relator um tempo breve. Pode ser hoje no final da tarde, amanhã cedo, na hora que o relator achar prudente. Mas eu pediria uma suspensão temporária de pedido de vista, só para poder concluir essa negociação.”* (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Comissão Temporária, destinada a examinar Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que Reforma o Código de Processo Penal - Ata da 18ª Reunião de 2010. Brasília: nº 198, publicado em 2 de dezembro de 2010, p. 55.254).

¹⁰⁵⁹ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Comissão Temporária, destinada a examinar Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que Reforma o Código de Processo Penal - Ata da 18ª Reunião de 2010, p. 55.255.

Sessão reaberta às 18h50m, depois de realizada reunião no gabinete do senador Aloizio Mercadante com as entidades envolvidas¹⁰⁶⁰ e o Relator, surge a nova redação apresentada e aprovada finalmente como art. 168, nomeadamente com o acolhimento da emenda nº 81, na forma de subemenda, renovando os influxos inquisitivos em sede da porosidade da convicção judicial e abrindo espaço para a validação da instância flexível do contraditório no momento de produção antecipada de prova. Neste passo, entre nobres conquistas acusatórias e tristes concessões, a tramitação no Senado Federal foi encerrada, logo após, com a votação em plenário, dia 07 de dezembro às 20h03, com a redação final estabelecida pelo *Parecer nº 1636*.

Agora, sim, sobre nossa preocupação inarredável (os poderes de instrução do magistrado, especialmente, mas não só, nos arts. 4º e 162), importa pinçar dali, para que possamos debruçar, sobre momento seguinte derradeiro, a alteração aposta acerca do parágrafo único do dito artigo 162 (do Substituto nº 2), que passou a compor a redação final do art. 165. O novo texto foi trazido pela acolhida Emenda nº 78, do senador Antonio Carlos Valadares¹⁰⁶¹ (PSB/SE), no *Parecer nº 1617* e aprovado depois no

¹⁰⁶⁰ Nas declarações do Senador Aloizio Mercadante, ao encerramento da sessão: “*Quero aqui agradecer o empenho das entidades que representam os delegados da Polícia Federal e Civil, e os investigadores, agradecer também a representação da Polícia Militar, das entidades que representam o comando... O conselho do comando das polícias militares do Brasil, que participaram dessa negociação, as entidades que representam o Ministério Público, porque nós aprimoramos dois aspectos muito importantes do ponto de vista do trabalho das polícias e do Ministério Público, no processo de investigação, e também o reconhecimento, na decisão judicial, a necessidade de esclarecer todos os aspectos, as provas, os elementos probatórios da convicção do juiz, assegurado sempre o contraditório ressalvadas as provas que não são repetíveis e as cautelares e antecipadas. Então, acho que nós conseguimos construir um entendimento.*” (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Comissão Temporária, destinada a examinar Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que Reforma o Código de Processo Penal - Ata da 18ª Reunião de 2010, pp. 55.255-55.256).

¹⁰⁶¹ A pressão corporativa não conseguiu até o momento o retorno ao *status quo*, ou seja, a abolição da regra de produção probatória senão pela disposição das partes. O que não impediu, certo modo, uma vitória sob o aspecto político específico, mesmo sabendo-se que com a antiga redação, permitindo a atuação apenas em favor da defesa, nada poderia obstar uma atuação em sentido contrário, pela ausência de qualquer mecanismo a garanti-lo, tal qual permite a redação acolhida pela emenda nº 78. Presente na justificação à Emenda: “*A presente emenda, elaborada a partir de preocupações externadas pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, tem o objetivo de deixar claro o poder de instrução complementar do magistrado. Não importa se a prova foi produzida pela acusação ou pela defesa. O juiz poderá determinar a realização de diligências para esclarecer dúvidas sobre quaisquer provas trazidas pelas partes. Temos claro que, no processo acusatório, o juiz não tem pioneirismo quanto à instrução probatória, tendo em vista os princípios da imparcialidade e da presunção de inocência. Cabe, pois, às partes deflagrar a produção de provas. Embora não seja protagonista, é legítimo, por outro lado, que o juiz possa esclarecer dúvidas relevantes sobre o material produzido por ambas as partes. A presente emenda, sem fugir do sistema acusatório, oferece redação mais precisa no que concerne ao poder de instrução complementar do magistrado.*” (DIÁRIO DO SENADO

Plenário, ficando consignado, na redação final, pelo *Parecer nº 1636*, “para deixar claro o poder de instrução complementar do magistrado, não importando se a prova foi produzida pela acusação ou pela defesa.”¹⁰⁶² Prescreve: “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.”¹⁰⁶³ Se antes já afirmamos ser dispensável a ideia de produção de prova complementar em caso de *dúvida para a defesa* como asseverava o *Anteprojeto* em virtude da *presunção de inocência*, neste momento consolida-se (em que pese o avanço frente ao texto de inspiração original da AJUFE, preocupada em dotar o magistrado, em dúvida, de *todo* poder de instrução alheio aos limites oferecidos pelas partes) que a produção de diligências haverá de ser feita sobre o terreno das provas produzidas pela Acusação e Defesa. Que se tenha dito para acolher a emenda:

“A solução encontrada está perfeitamente de acordo com o modelo acusatório que se quer prestigiar no projeto de novo CPP. O juiz, é bom que se diga, não assumirá o pioneirismo na produção das provas. A emenda não retira nem diminui, assim, o protagonismo das partes quanto à instrução probatória, o que está na essência do processo de cunho acusatório. Mas o juiz não é figura totalmente inerte. A partir da prova produzida pelas partes, poderá determinar, em segundo momento, diligências para esclarecimento de dúvida relevante. Em síntese, não há prejuízo ao sistema acusatório quando se confere ao juiz a possibilidade de empreender diligências para esclarecer dúvidas remanescentes, sempre a partir das provas produzidas pelas partes.”¹⁰⁶⁴

Entretanto, veremos como isto pode conservar, do mesmo modo, um núcleo fragilizado do sistema acusatório.

5.5 Limiar – da Inflexão Inquisitiva: tensionando o princípio acusatório

Para um *dever-intenso* em matéria processual penal, nunca será suficiente o trabalho de *expandir conceitos*, principalmente numa instância acusatória. Refletindo na

FEDERAL. *Retificação - Emendas nºs 1 a 214 – Plen., de 2010, referente ao Substituto ao Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Brasília: nº 202, publicada em 08 de dezembro de 2010, p. 57.309).

¹⁰⁶² DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 1617*. Brasília: nº 199, publicado em 03 de dezembro de 2010, p. 55.287.

¹⁰⁶³ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 1636 – Redação Final do Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009*. Brasília: nº 202, publicado em 08 de dezembro de 2010, p. 57.203 (a redação final está publicada em suplemento à presente edição; cit. p. 36.).

¹⁰⁶⁴ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 1617*, p. 55.363.

base de *intercessores*¹⁰⁶⁵, que possibilitem ao pensamento sair de certa imobilidade natural¹⁰⁶⁶, é que procuramos, de alguma maneira, *expandir o conceito* da potência acusatória. “*Rachar as coisas, rachar as palavras*”¹⁰⁶⁷ é a expressão deleuziana que nos empurra, não a buscar origens perdidas ou rasuradas, mas, numa arqueologia do presente que “pega as coisas pelo meio” – em consonância a nossa abordagem genealógica e a problemática captada desde as variações inerentes ao domínio histórico-político do processo penal –, a remontar os pontos e desemaranhar as linhas para deles se extrair visibilidades, cintilações, reflexos e regimes de luz, em que os locais de sombra sejam enunciados. Para isto, é que nos voltamos ao longo do nosso argumento, não para algum purismo escatológico redutor da complexidade do processo penal, mas na direção de um processo penal plenamente acusatório, sem apelidos, sobrenomes ou adjetivações que façam restringir seu âmbito e advogar concessões.¹⁰⁶⁸ As condições de

¹⁰⁶⁵ “*O essencial são os intercessores. A criação são os intercessores. Sem eles não há obra. Podem ser pessoas – para um filósofo, artistas ou cientistas; para um cientista, filósofos ou artistas – mas também coisas, plantas, até animais, como em Castañeda. Fictícios ou reais, animados ou inanimados, é preciso fabricar seus próprios intercessores. É uma série. Se não formamos uma série, mesmo que completamente imaginária, estamos perdidos. Eu preciso de meus intercessores para me exprimir, e eles jamais se exprimiriam sem mim: sempre se trabalha em vários, mesmo quando isso não se vê.*” (DELEUZE, Gilles. “Os Intercessores”. In: *Conversações*, p. 156.)

¹⁰⁶⁶ Pensar, de certa forma, é garantir ao pensamento sua possibilidade mais radical: criar conceitos. A própria filosofia deve estar afeita a esta tarefa: “*o filósofo é o amigo do conceito, é conceito em potência. O que quer dizer que a filosofia não é uma simples arte de formar, de inventar ou fabricar conceitos, dado que os conceitos não são necessariamente formas, descobertas ou produtos. A filosofia, mais rigorosamente, é a disciplina que consiste em criar conceitos. (...) Criar conceitos sempre novos é o objetivo da filosofia. (...) Os conceitos não esperam por nós já feitos, como corpos celestes. Não há céu para os conceitos. Têm de ser inventados, fabricados, ou melhor, criados e não seriam nada sem a assinatura daqueles que o criam.*” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a Filosofia?* Tradução de Margarida Barahona e António Guerreiro. Lisboa: Presença, 1992, p. 12; no mesmo sentido, cf. de forma resumida, DELEUZE, Gilles. “Sobre a Filosofia”. In: *Conversações*, pp. 169-193).

¹⁰⁶⁷ DELEUZE, Gilles. “Rachar as Coisas, Rachar as Palavras” e “A Vida como Obra de Arte”. In: *Conversações*, pp. 109 e 120 respectivamente.

¹⁰⁶⁸ “*Un proceso penal plenamente acusatorio, sin apellidos*”, com efeito, sob o ponto de vista prático, este é o desafio que Gómez Colomer pôde identificar no exemplo da entrada em vigor do *Código Procesal Penal de Nicaragua de 2001*. Sabe-se do valor relativo de algumas disposições normativas (como o art. 10 daquela ordenação que afirma: “*Artículo 10. – Principio acusatorio. El ejercicio de la acción penal es distinto del de la función jurisdiccional. En consecuencia, los jueces no podrán proceder a la investigación, persecución ni acusación de ilícitos penales. No existirá proceso penal por delito sin acusación formulad por el Ministerio Público, el acusador particular o el querellante en los casos y en la forma prescritos en el presente Código.*”) com relação ao impulso político das autoridades responsáveis por sua aplicação. Este é o alerta que guarda completa consonância ao caso brasileiro sobre o código que poderá advir: “*Tampoco se debe olvidar que el éxito o fracaso del Código (...) no va a depender sólo de la propia calidad y acierto de sus disposiciones. Va a derivarse también y sobre todo de un impulso político claro por parte de las autoridades nicaragüenses desde su*

uma verdadeira crítica aos inquisitorialismos, que nos propusemos a realizar, aponta para o traço intensivo no sentido da contingência do encontro com a força que nos põe a pensar e instalar a necessidade da própria crítica: provocar uma onda de forças e alianças capazes de fazer refletir o próprio axioma sobre o que seria o princípio acusatório – ato de pensar genuíno que destrói a imagem de um pensamento imanente a si mesmo.¹⁰⁶⁹ Sob as interferências dos gargalos de estrangulamento em que são postos os argumentos acusatórios no processo penal brasileiro é que se induz a necessária criação. Isto é o *devir-intenso*¹⁰⁷⁰ em matéria penal, que arrasta os próprios problemas consigo, em que a mera reflexão e contemplação não bastam quando desacompanhadas da inspiração de pensar o novo possível.

A seu turno, o caminho será pouco fértil se deixarmos, pois, de cuidar das chamadas *máquinas desejanter* a produzir efeitos por todos os pontos, também no processo penal. Os sistemas de *expectativas*, como assentado antes, movem-se na esfera do *desejo*. Por que com os mecanismos processuais deveria ser diverso? Os sistemas processuais penais veiculam-se, sobremodo, como circuitos dispostos a operar como *máquinas desejanter*.¹⁰⁷¹ Nelas, tudo funciona ao mesmo tempo, numa soma que jamais pode reunir as partes num todo. Há um fluxo incessante e permanente que arranca do *desejo*, e, investido sobre os regimes de mananciais sociais, ele se prolonga renovado e

entrada en vigor a favor de la aplicación correcta de la norma, en donde el Gobierno, todos los partidos políticos y todos los juristas destacados, con la Corte Suprema de Justicia al frente, estén de acuerdo en sacar a Nicaragua del gran atraso procesal en que se encontraba, en lucha continua contra los abominables restos del sistema anterior, favoreciendo desde el Parlamento y desde las más Altas Instituciones de la Nación una adaptación correcta de los organismos que intervienen en la Justicia Penal a sus disposiciones, reorganizando permanentemente el Poder Judicial, potenciando sin descanso el Ministerio Público, modernizando cada día la Policía y adecuando sin pausa la Defensoría Pública, sin perjuicio de otras actuaciones particulares, lo que implica naturalmente, como ejercicio de alta responsabilidad política en un país en que lo político se vive intensamente, que las Autoridades, los juristas y el pueblo se crean la reforma y estén dispuestos a realizar y soportar respectivamente una inversión económica suficiente para ello día a día, semana a semana, mes a mes, año a año.” (GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “Sistema acusatorio puro y reforma procesal penal: El ejemplo de Nicaragua”. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords.). *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, pp. 350-351 e 367).

¹⁰⁶⁹ Cf. DELEUZE, Gilles. *Diferença e Repetição*. Tradução de Luiz Orlandi e Roberto Machado. Prefácio de José Gil. Lisboa: Relógio D’Água, 2000, p. 240.

¹⁰⁷⁰ Cf. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. “1730 – Devir-Intenso, Devir-Animal, Devir-Imperceptível...”. In: *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 4. Tradução Aurélio Guerra Neto e Celia Pinto Costa. São Paulo: Ed. 34, 1995, pp. 11-113.

¹⁰⁷¹ A pista deleuziana é lançada por Rui Cunha Martins em *O Ponto Cego do Direito*, pp. 57-58. Captado seu ímpeto, vamos em direção pouco diversa. Cf. profundamente sobre a filosofia de Deleuze, GIL, José. *O Imperceptível Devir da Imanência: sobre a filosofia da Deleuze*. Lisboa: Relógio D’Água, 2008.

desdobrado em motivações que continuam a desejar (que muito bem podem mover materiais “curto-circuitados” delirantes). As grelhas políticas do processo penal são inundadas, como vimos, por desejos investidos das mais diversas formas e nos mais variados contextos. A própria história das ideias no processo penal não deixa de ser, certo modo, a própria dinâmica complexa das injunções de diagramas de forças e sobreposições de diferentes estratégias a se embaralharem em efeitos (não) esperados.

Podem-se ver os agenciamentos maquínicos neste patamar sendo formados a partir dos investimentos sociais (aqui particularmente processuais penais, mais ou menos cooptados pela aclamação punitivista) e frente aos desejos esboçados pelos extremos (inquisitivo e acusatório) em constante variação. Parece mais frutífero, ao menos neste nível da complexidade dos sistemas processuais penais, perceber que o desejo investe-se primeiramente numa formação social. Isto é favorecer o campo da política no processo penal. Se assim pudermos nos aproximar de um neologismo, uma esquizo-análise do processo penal (análise das formações sociais e de sua relação com o desejo – ou seja, o organizador do desejo é sempre o campo social) permite compreender como se produzem diversas organizações processuais penais sob o conjunto de partida das formas de existência. Vimos um corte como o que foi feito – não apenas sobre os atores que se esgrimam neste *socius*, nem somente a própria formação desta *superfície de registro*, mas sobre a dinâmica do procedimento legislativo que indica a multiplicidade de relações que ali se estabelece – bem pode demonstrar os diferentes *modos de ser* destas máquinas desejantes. *Desejo*, aqui pensado no sentido do *efetivar-se*, ou seja, como *desejo de uma forma de ser*, em que as multiplicidades das relações funcionam a determinar um nó. Este nó, estabelecido pela relação entre relações, pode no processo penal ter representação na governabilidade (inquisitiva) da prova. Em especial, tem feição na máquina que gerencia a formação inquisitiva e que diz respeito aos influxos do magistrado na seara da captura ou prospecção da prova (como se voltará à frente). Não se modificam estas máquinas senão sob uma *análise* (no duplo sentido) *militante*.

Os sistemas processuais penais, ao nosso juízo e de forma direta, funcionam como *máquinas desejantes* no sentido de que os sujeitos (e aqui, pode-se dizer que transbordam as variantes dos atores político-jurídicos para aterrissar mais amplamente no próprio caldo cultural), nos diferentes pontos, investem seu *desejo que produz realidade*. Em nossa preocupação particular, seria cabível – utilizando-se dos três

planos do campo subjetivo oferecidos por Deleuze e Guattari¹⁰⁷² – dizer que, dependendo da *superfície de registro* (grosso modo, funcionando de acordo com as representações legislativas, por exemplo) que se aponha às infinitas conexões desejadas (*superfície de produção*) estaríamos diante de complexos devires que alimentarão intensidades sentidas (no tocante ao processo penal podem ser identificadas com a conjunção das variáveis alucinatórias). Nada disso, aliás, funcionando de forma independente ou condenada ao seu próprio fechamento.

De certo modo, quando o *desejo* se põe ao lado da *produção* – “*desejo é produzir, produzir na realidade*” – vê-se que tudo é *máquina*.¹⁰⁷³ Fluxos e cortes, neste

¹⁰⁷² DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia 1*. Tradução de Joana Moraes Varela e Manuel Maria Carrilho. Lisboa: Assírio & Alvim: 2004, pp. 07-25.

¹⁰⁷³ Apenas assim podemos ver que “*somos todos «bricoleurs», cada um com suas pequenas máquinas.*” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, pp. 07 e 31). Trilha francamente percorrida e transposta para o ato da decisão penal por Morais da Rosa que vê a ‘verdade processual’ acontecendo pelo “*imbricamento do manancial de significantes arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetivas, articulados com o inconsciente do um-juiz*”. O juiz, sendo o responsável pelo manejar com a produção dos significantes válidos, no seu ato decisório, “*monta, a partir das pretensões de validade enunciadas pelas partes, o que se chama de ‘verdade processual’, lançando mão das provas, dos significantes produzidos validamente, manejando a técnica de ‘bricolage jurídica’, ou seja, construindo com o que tem à mão, sem pretendido controle racional total.*” (MORAIS DA ROSA. Alexandre. *Decisão Penal*, pp. 365-366). Como que colando fragmentos (enunciados pelas partes na hipótese processual) e navegando pela linguagem, o *bricoleur* aparece em patamar completamente diferente da atividade do engenheiro, que tem um projeto a ser cumprido – o que seria visto no paralelo do caso do ‘juiz-engenheiro-inquisidor’, provido de uma hipótese acusatória a ser preenchida. Não obstante, em algum grau, as aproximações podem trazer crispações. O *bricoleur* utiliza-se de meios indiretos desde um repertório cuja composição é heteróclita; repertório extenso, porém limitado. Opera com materiais fragmentários já elaborados. Mas será que ao “*juiz-bricoleur*” não é apresentado um “*projeto do momento*”, destoante de um mero “*resultado contingente de todas as oportunidades*”, como assevera Lévi-Strauss? Será que, a rigor, o conjunto de meios do “*juiz-bricoleur*” não deverá ser definível, ao menos em parte, por algum projeto? Naturalmente, não será, como alerta Morais da Rosa, precisamente aquele atinente ao ‘juiz-engenheiro-inquisidor’ a completar a hipótese da acusação, movimentando-se na persecução probatória. Ao nosso juízo, a própria ideia da ‘verdade processual’, possuidora de uma estrutura de ficção, faz com que a reconhecimento ativada no processo penal, desde um manancial de *significantes válidos* formado sob a responsabilidade de um juiz-árbitro (como numa luta de boxe, dirá Morais da Rosa), tenha que obedecer, nalgum grau, a um recorte de validade a ser conferido aos elementos, não os colecionando aleatória ou ocasionalmente como o pensamento mítico *bricoleuse* é elaborado. Parece-nos que o julgador neste momento se afasta das formas utilizáveis sob o princípio de que “*isso sempre pode servir*” da linguagem *bricoleur*. Em suma, sem destoar da tese de Morais da Rosa – de que, num processo penal democrático, os significantes adquiridos validamente precisam “*ao seu final e pelo um-juiz, ser selecionados, simplificados, articulados, organizados, para que somente então o sentido advenha, num processo de ‘bricolage jurídica’*” –, sempre é possível novos sentidos a não coagular seu próprio valor. O tesouro de ideias aí concebido parece ficar mais rico, a nosso ver, para além da própria decisão penal como

passeio sobre os efeitos de *máquinas*, podem auxiliar no enfoque, notando-se, assim, como se comporta o *rizoma*¹⁰⁷⁴ processual penal. O *desejo* faz a ligação de fluxos contínuos e objetos parciais, portanto “*produção desejante é produção de produção*”.¹⁰⁷⁵ No centro está a *máquina do desejo*. E com *ela* algo se produz, havendo, pois sempre máquinas desejantes ou (re)produtoras.¹⁰⁷⁶ Assim, se tudo é *máquina*, tudo é *produção* da mesma maneira; circuitos que se determinam mutuamente – em que produtor e produto compreendem-se numa mesma realidade essencial – ao nível das superfícies de *produção*, de *registro* e de *consumo*.¹⁰⁷⁷

«bricolage» de significantes. Isto na medida em que esta “ciência primeva”, como refere Lévi-Strauss (cf. LÉVI-STRAUSS. *O Pensamento Selvagem*. 7ª ed.. Tradução Tânia Pellegrini. Campinas: Papirus, 1989, pp. 32-38), além de evocar um movimento incidental e imprevisto, denuncia a ausência de um plano preconcebido; o que, pontualmente, pode entrar em dissonância com alguma metáfora utilizável de um “juiz-bricoleur”, ao menos na medida em que, sim, ele deve estar *preocupado politicamente com a posição acusatória*, com a formação estrita dos elementos de convicção válidos sopesados desde um horizonte de expectativas ditados pela *pré-ocupação de inocência*. A nós, a grande felicidade do sentido deste *modus operandi* da reflexão mitopoética, no tocante ao mitema processual penal, parece mais afeita ao olhar depositado nas *máquinas* ingerentes a catapultar os agenciamentos e protagonismos dos autores nos mais diversos níveis. Superfícies de desejos, com seus fluxos e cortes.

¹⁰⁷⁴ “Resumamos os principais caracteres de um rizoma: diferentemente das árvores ou de suas raízes, o rizoma conecta um ponto qualquer com outro ponto qualquer e cada um de seus traços não remete necessariamente a traços de mesma natureza; ele põe em jogo regimes de signos muito diferentes, inclusive estados de não-signos. O rizoma não deixa se conduzir nem ao Uno nem ao múltiplo. (...) Ele não é feito de unidades, mas de dimensões, ou antes de direções movediças. Ele não tem começo nem fim, mas sempre, mas sempre um meio pelo qual ele cresce e transborda. (...) o rizoma se refere a um mapa que deve ser produzido, construído, sempre desmontável, conectável, reversível, modificável, com múltiplas entradas e saídas, com suas linhas de fuga. (...) o rizoma é um sistema a-centrado, (...) sem memória organizadora ou autômato central, unicamente definido por uma circulação de estados.” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. “Introdução: Rizoma”. In: *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 1. Tradução Aurélio Guerra Neto e Celia Pinto Costa. São Paulo: Ed. 34, 1995, pp. 32-33).

¹⁰⁷⁵ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, pp. 08-11 e 32.

¹⁰⁷⁶ “A produção como processo não cabe nas categorias ideais e forma um ciclo cujo princípio imanente é o desejo. É por isso que a produção desejante é a categoria efetiva de uma psiquiatria materialista.” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, p. 10).

¹⁰⁷⁷ As máquinas desejantes em sua síntese produtiva, primeiramente, têm uma forma conectiva. Na “produção de produção” ligam-se fluxos contínuos, produzidos por objetos parciais, que produzem outros fluxos (*cortes-fluxos*). “A regra de produzir sempre o produzir, de inserir o produzir no produto, é característica das máquinas desejantes ou da produção primária: produção de produção.” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, p. 13). Contudo, adentra um terceiro termo improdutivo na série linear, que é o objeto indiferenciado chamado pelos autores de “*corpo pleno sem órgãos*”. Sendo anti-produção, é re-injetado na síntese conectiva. Precisamente aqui, nesta oposição do processo de produção das máquinas desejantes com o estado improdutivo do “*corpo sem órgãos*”, é que se dá a gênese da máquina. Nesta transformação já há uma segunda superfície engendrada ao lado daquela anterior *superfície de produção* que é a *superfície de registro*. Neste domínio, será inscrita a ação do que se chama de *socius*: “(...) o socius como corpo pleno forma uma superfície onde toda a produção se registra e parece emanar da superfície de registro.” (DELEUZE, Gilles;

A análise desde a *produção desejante*, suma, é que há de calhar. “*E se o desejo produz, produz real.*” Sendo o *desejo* produtor, o real, pois, resulta disto. Produzir na realidade é do próprio *desejar*. A vida como um poder produtor faz a *falta* aparecer na produção social¹⁰⁷⁸: “*existe apenas o desejo e o social, e nada mais.*” O *desejo* e o

GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, p. 15). Os autores falarão em três grandes formas de sociabilidade, por assim dizer: corpo (sem órgãos) pleno da *terra*, do *déspota* e do *capital* (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, pp. 143 ss.). É aqui que se vê claramente introduzida a questão da relação entre *desejo* e *formação social*. A constante da reprodução social está aí presente enquanto a superfície do *corpo sem órgãos* serve de plano de registro de qualquer processo de produção de desejo. Agora, as *sínteses conectivas* da produção são ocultadas pela *síntese* (de máquinas paranoicas) *disjuntiva* de registro. Este plano serve-se de uma energia miraculante, divina que atrai tudo para si. Naturalmente, por isso, nosso interesse de antever e fixar nos fluxos e cortes de desejos (de liberdade e de punição, por exemplo) diante de uma perene plataforma de inquisitorialismos que atraem para si tais demandas e lança-as reprodutivamente adiante. Se vimos no plano da *produção de produção*, a *síntese conectiva* (e, e, e...) passando após à segunda *síntese disjuntiva* na superfície de registro (ou, ou...), há ainda o momento imbricado também da *síntese conjuntiva* ou *produção de consumo* (...afinal). Esta terceira formação é referenciada pelas relações de atração e repulsão entre a primeira superfície de produção e a ação do *socius*. Uma *máquina*, assim definida como um *sistema de cortes*, extrai, destaca e resta: processo em que a *libido*, como energia de produção (de extração), é transformada em *Numen* (energia de destacamento) e, por fim, em *Voluptas* (energia residual). Intensidades sentidas (que produz *máquinas celibatárias* segundo os autores) que configuram estados subjetivos de identidade essencialmente fortuita (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, pp. 21-26 e 39-44). Em resumo, quando no centro da preocupação é aposta a *máquina do desejo*, são sobre as zonas de intensidades que cabe interrogar engajadamente.

¹⁰⁷⁸ A crítica de Deleuze e Guattari ao *desejo como negatividade*, tal como visto na lição lacaniana, trazida no apartado primeiro, é uma das mais conhecidas e, por demais, importante e radical. É de se questionar se tal abordagem pode trazer problemas intransponíveis ao nosso argumento. Entendemos que não. A grande descoberta da psicanálise foi a da produção desejante do inconsciente. Apenas poderíamos ver obstáculos inarredáveis diante da abordagem do *desejo* aposta no *Anti-Édipo* – como manifestação produtiva de uma vida em expansão – se reduzíssemos a noção de *desejo* lacaniana de “falta-a-ser” a uma mera teologia negativa (a qual apenas poderia produzir senão uma moral da resignação infinita desde uma retórica da perpetuação da falta). Optamos por tentar superar incompatibilidades e conjugar as perspectivas, sem anular suas diferenças expressas. Para tanto, primeiramente, a colocação do *Anti-Édipo*: “*Ao desejo não falta nada, não lhe falta o seu objecto. É antes o sujeito que falta ao desejo que não tem sujeito fixo; é sempre a repressão que cria o sujeito fixo. O desejo e o seu objecto são uma só e mesma coisa: a máquina, enquanto máquina de máquina.*” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, p. 31; ver também p. 116). A crítica do *desejo como falta* é capaz de encontrar, ao menos desde nosso enfoque, terreno comum às reflexões lacanianas. Sem necessidade de remontar o que já fora dito acerca da visão lacaniana, importante apontar que Lacan, quando fala de um fundamento da ação ética, dirá que o vetor da orientação para reflexão analítica será *não ceder de seu desejo*. Se ele inicia o programa de sua ética dizendo que “*o fato é que a análise é a experiência que voltou a favorecer, no mais alto grau, a função fecunda do desejo como tal*”, é para, a seguir, responder à questão: “*agiste em conformidade com o desejo que te habita?*”. Assim, interroga a relação da ação com o desejo que a ilumina afirmando ao final: “*proponho que a única coisa da qual se possa ser culpado, pelo menos na perspectiva analítica, é a de ter cedido de seu desejo. Essa proposição, aceitável ou não em tal ética, expressa suficientemente bem o que constatamos em nossa experiência. Em última instância, aquilo de que o sujeito se sente efetivamente culpado quando apresenta culpa, de maneira aceitável ou não pelo diretor de consciência, é sempre, na raiz, na medida em que ele*

social tornam-se, assim, um problema coextensivo, fundamentalmente político. Quando a vida envolve o *desejo* como um poder produtor, a *falta* é que é organizada na produção social: “a produção nunca é organizada em função de uma falta anterior mas é, sim, a falta que se aloja, se vacualiza, se propaga, segundo a organização de uma produção prévia.”¹⁰⁷⁹

À força macrofísica (e seus grandes conjuntos molares), em que está envolvido o paranoico pelo polo da *máquina* inquisitiva, opomos, ao contrário, a orientação pelas singularidades moleculares, em que a acusatoriedade, como *linha de fuga*, deve estar sempre pondo em xeque a formação dos grandes conjuntos autoritários. Há um investimento nas multiplicidades transversais em que o desejo acusatório opera de maneira *molecular*, nômade, sob objetos e fluxos parciais, para fazer vez às zonas de intensidades alucinatórias.¹⁰⁸⁰ De alguma forma, estamos pouco vacilantes em apontar, desde os dois polos de investimento (delírios, como quer Deleuze) no campo social, a

cedeu de seu desejo.” (cf., sem prejuízo do já posto, LACAN, Jacques. “Nosso Programa” e “Os Paradoxos da Ética”. In: *O Seminário*. Livro 7 (a ética da psicanálise). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Tradução de Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, pp. 12, 376 e 382). O que esta clínica do reconhecimento intersubjetivo do desejo conduz é exatamente a uma *forma crítica de alienação*. A articulação entre *desejo* e *negatividade*, tal como apõe Lacan (ver MILLER, Jacques-Alain. “O desejo” e “Demanda e desejo”. In: *Lacan Elucidado*, pp. 35-58 e 439-456), é de longa linhagem, mas será de Kojève que Lacan retira a ideia de *pura negatividade* e a noção de “desejo puro”: algo que desconhece satisfação com objetos empíricos (cf. SAFATLE, Vladimir. *A Paixão do Negativo: Lacan e a Dialética*. São Paulo: UNESP, 2006, pp. 89-98). O desejo lacaniano como manifestação da falta tem uma preocupação, assim, indelével com o “*si mesmo*” (sujeito cindido/barrado) como vimos, por isso a dualidade entre *moi* (o Eu produzido pela imagem do corpo) e *Je* (o sujeito do desejo). Esta discordância entre o Eu e o sujeito do desejo é que se torna fundamental para Lacan (cf. LACAN, Jacques. “Formulações sobre a causalidade psíquica”. In: *Escritos*, p. 188). Com o auxílio de Safatle, não obstante, conseguimos ver que “*não é a ‘finitude’ que interessa a Lacan*”. Em sua ideia do desejo como negatividade, está, sobretudo, a crítica ao caráter normativo de toda tentativa de construir relações de identidade imediata entre desejo e seus objetos, levando em conta que há sempre no sujeito algo que só poderá se manifestar de forma negativa, pois trata-se “*de presença daquilo que desconhece imagem.*” (SAFATLE, Vladimir. *Lacan*, pp. 34-35). Precisamente, a verdade do desejo como “*falta-a-ser*” leva a um *sujeito irremediavelmente descentrado*. Era sensível também para Lacan que a verdadeira fonte de sofrimento era resultante do caráter repressivo da identidade, internalizada pelos processos de individualização e de constituição social do *Eu*. Não será por motivo alheio que se poderá ver o processo de análise como *experiência no limite da despersonalização*. De todo modo, no desejo para Lacan há uma insubsumível *potência de indeterminação*, arredia a qualquer determinação unitária de identidade do *Eu*. Em suma, a *falta* é um modo de ser do sujeito (“*falta-a-ser*”), própria ao *desejo*, portanto, carregando consigo um infinito potencial de *indeterminação* e de *despersonalização*. Daí, sim, o momento extremamente condizente com as íntimas preocupações aduzidas no *Anti-Édipo* (cf. SAFATLE, Vladimir. *A Paixão do Negativo*, pp. 141-220).

¹⁰⁷⁹ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, pp. 31-33.

¹⁰⁸⁰ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, p. 292.

axiomática dos sistemas (culturais no processo penal), e das próprias sociedades, diante da oscilação entre o *signo despótico-paranoico* e o *signo-figura do esquizo*, este último como unidades de fluxos descodificados.¹⁰⁸¹ Patente ainda nesta última descodificação e desterritorialização (“Sim, eu sou o (acusado) de fora” – para parafrasear de maneira livre a inspiração deleuziana do polo esquizoide-nomádico) a exigência contra a cristalização e o estrangulamento que a inquisitorialidade nos sistemas processuais penais impõe. Talvez sonhar sabendo que se sonha, ao estilo nietzscheano, parece ser, portanto, a tarefa condizente a um *devoir acusatório*, assombrado pelo *Urstaat* como modelo arcaico da formação despótica e atento a sua reterritorialização civilizada.¹⁰⁸²

A decisão política – aqui falamos especificamente da morfologia das reformas processuais penais operadas e daquelas vindouras – necessariamente, já o dissemos à exaustão, mergulham num mundo de microdeterminações, atrações e desejos, que é preciso pressentir e avaliar. Se há uma potência *molecular* de desterritorialização, com seus fluxos, conexões e precipitações que apontam para um sistema de referência acusatório, existe, na outra ponta também, a imposição *molar* de uma reterritorialização do conjunto processual, que são as sobrecodificações inquisitivas.

Estaria por demais facilitado o trabalho se, por este caminho, trafegássemos incólumes. Ainda que haja a divisão entre estes dois tipos de investimentos sociais, *molar* e *molecular* (paranoico ou esquizofrênico), há um complicador que já fora visto no tocante as suas variações na maquinaria social. O pêndulo da maquinaria dos fascismos, em especial dos inquisitorialismos que analisamos, utiliza proficuamente tanto das formações de *centralidade* quanto as da *segmentaridade*: “(...) tudo é político, mas toda a política é ao mesmo tempo macropolítica e micropolítica.”¹⁰⁸³ Não será à toa que a máquina capitalista (como vimos na segunda parte, que ajuda a alimentar a *ostensão punitiva*) não cansará de descodificar e de desterritorializar os fluxos de

¹⁰⁸¹ “Oscila-se entre sobrecargas paranoicas reacionárias e as cargas subterrâneas, esquizofrênicas e revolucionárias.” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, pp. 271-272).

¹⁰⁸² “o Estado é o desejo que passa da cabeça do déspota para o coração dos sujeitos, e da lei intelectual para todo o sistema físico que se desprende ou liberta dela. Desejo do Estado, a mais fantástica máquina de repressão é ainda o desejo, sujeito que deseja e objeto de desejo. Desejo – é a operação que consiste sempre em reinsuflar o *Urstaat* original no novo estado de coisas, em torná-lo tanto quanto possível imanente, interior ao novo sistema.” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo*, p. 230).

¹⁰⁸³ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. “1933 – Micropolítica e Segmentaridade”. In: *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 3. Tradução Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Suelly Rolnik. São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 90.

controle, para daí extrair dos seus aparelhos anexos, burocráticos e policiais, mais força de reterritorialização.

Noutros termos, quer dizer que se torna pouco pertinente entender o *central* e o *fragmentário* dissociados, ainda mais sobre as formações estatais contemporâneas. Uma micropolítica do processo penal, como aventamos, deve atentar para as segmentaridades inquisitivas a todos os lados. *Segmentário* e *centralizado*, suma, não se opõem. Os focos de poder concernem tanto a partes segmentárias quanto ao aparelho centralizado. Assim, se as sociedades continuam banhando-se num tecido flexível sem o qual os segmentos duros não vingariam, é porque não podemos opor as inseparáveis segmentaridades *molar* e *molecular*. Coexistem ambas nas diversas organizações e, ao que nos interessa, implicam os fascismos (processuais penais, ao nosso gosto) também propriamente um *regime molecular*, diferentemente da escala especial de centralização macropolítica dos Estados totalitários que, antes, ressoam em focos molares. Os inquisitorialismos, quer-se firmar, são inseparáveis dos nós moleculares que pululam, saltam de um ponto a outro, e interagem permanentemente. É na micropolítica (molecular) que mora sua potência perigosa: “*cada fascismo se define por um microburaco negro, que vale por si mesmo e comunica com os outros, antes de ressoar num grande buraco negro central generalizado.*”¹⁰⁸⁴ Por isso, neste ponto, indiferente qualquer dissimetria entre o fascismo, inafastável de cada figura social, e os “microinquisitorialismos”, que nos fizeram perceber a maleabilidade política no processo penal.

A *guerra* (fixada como peça de *destruição* pelo aparelho de Estado inquisitivo/fascista, que se apropria da *potência de mudar* dos fluxos das verdadeiras *máquinas de guerra nômades*¹⁰⁸⁵ e que aposta tudo em mensurar com mediadores de supressão), instalada em cada nicho no processo penal, agencia o *desejo* complexamente e molda de antemão as posturas, as percepções, as antecipações dos atores envolvidos nesta realidade. Talvez possa ser muito mais fácil – assim cansamos de verificar – adotar-se, ao nível *molar*, uma postura acusatória, sem ver, entretanto, o desejo persecutor nutrido resultante da montagem das energias *moleculares* irremediavelmente

¹⁰⁸⁴ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. “1933 – Micropolítica e Segmentaridade”, p. 92.

¹⁰⁸⁵ Cf. a profunda diferença e mesmo a relação complexa entre *máquina de guerra* e a *guerra* em si, especialmente a ideia de que a *máquina de guerra* é exterior e irreduzível ao aparelho de Estado, em DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. “1227 – Tratado de Nomadologia: A Máquina de Guerra”. In: *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 5. Tradução Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. São Paulo: Ed. 34, 1997, pp. 11-110.

fascistas. Os inquisitorialismos podem tão bem funcionar tanto numa primeira zona, numa linha em que o *medo* é o principal perigo, em que se formam os sistemas de domínio sobrecodificados duros presentes nos grandes sistemas inquisitivos, quanto numa linha menos evidente que concerne ao molecular. Daí a *clareza* como perigo (“verdade reais” hipertrofiadas a iluminar os lampejos dos fascismos processuais e seus Estados totalitários), no lugar do grande medo paranoico, a nos impelir para as “*mil monomaniazinhas, evidências (...) que jorram de cada buraco negro e que não fazem mais um sistema e sim rumor e zumbido, luzes ofuscantes que dão a qualquer um a missão de um juiz, de um justiceiro, de um policial por conta própria.*”¹⁰⁸⁶

Eis a fórmula: “*uma macropolítica da sociedade para e por uma micropolítica da insegurança.*”¹⁰⁸⁷ As margens dos grandes medos dos modos molares são contíguas aos sistemas não menos concentrados e organizados das pequenas inseguranças. Não será à toa que toda a governabilidade de uma grande segurança molar tem seu correlato na micro-gestão de pequenos medos, ou seja, de toda uma insegurança molecular permanente.

A *textura* do processo penal, em seus protagonismos, seus centros de poder e suas cadeias alucinatórias sinaliza, assim, com traços ímpares, algumas linhas e fluxos que concernem intimamente à radical zona política. Isto tudo deve estar bem assentado para que possamos perquirir, desde outro ponto, a questão da *acusatoriedade*. Expandindo seu conceito, alheio aos discursos fáceis que se disfarçam como tais – em *paralaxe*¹⁰⁸⁸, como empreendido em momentos passados, por isso mesmo fixados nas valiosas questões quanto à *presunção de inocência* e *carga da prova*, que se irmanam na *gestão da prova* sobre o domínio das partes como *traço* distintivo do regime acusatório –, devemos nos atrever novamente a *profanar*¹⁰⁸⁹ e tensionar ao máximo o núcleo do próprio argumento que viemos, pois, até o momento sustentando. Seríamos capazes de surpreender, neste tocante micropolítico, um nódulo de *inflexão inquisitiva*? Para

¹⁰⁸⁶ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. “1933 – Micropolítica e Segmentaridade”, pp. 110-111.

¹⁰⁸⁷ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. “1933 – Micropolítica e Segmentaridade”, p. 94.

¹⁰⁸⁸ Fenômeno ótico simples que se torna *método*: mudança de posição aparente de um objeto em relação a um segundo plano mais distante, quando esse objeto é visto a partir de ângulos diferentes. Isto imprime uma espécie de *visão*, um ponto de vista sempre mutável entre dois pontos os quais não há síntese nem mediação possíveis – leitura tão bem explorada filosófico-psicanaliticamente por Žižek em ŽIŽEK, Slavoj. *Visão em Paralaxe*. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 14.

¹⁰⁸⁹ Sobre o sentido de *restituí-lo ao uso comum dos homens* já referido antes, cf. AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*, p. 122.

atribuirmos, na escala peculiar que viemos trilhando quanto aos desejos reformadores do processo penal brasileiro, certos contornos contextuais à questão, pergunta-se: haverá, mesmo no tocante à proposta da Comissão de Juristas, francamente ancorada em demandas acusatória; em especial, tanto na original redação do *Anteprojeto* do artigo 162 e parágrafo único (“*Art. 162. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º*”) quanto na feição até agora dada à redação final do PLS nº 156 no art. 165 e parágrafo único (“*Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes*”), da mesma forma, um descompasso que acarrete uma falha destoante do “original” *desejo* de um sistema acusatório para além de um *purismo* político-metodológico? Talvez faça sentido o rigor acusatório.¹⁰⁹⁰

Trabalhamos no sentido de *perlaborar* esta questão. De identificar crispações ao integral acolhimento (mesmo que se saiba inatingível) da premissa acusatória e *não ceder neste desejo*. A conotação de *elaborar* (ou *perlaborar*) trazida pela técnica psicanalítica de Freud, em texto de 1914 («*Erinnern, Wiederholen und Durcharbeiten*»), conduz para uma direção de ajuda virtuosamente incomparável. Trata-se de se confrontar com as próprias *resistências*, com enorme ação *modificadora* posterior.¹⁰⁹¹ No sentido de uma diferenciada *perlaboração*, agora com o auxílio de Lyotard, sobre o objeto freudiano, firma-se a postura em especial pretendida de percorrer

“um trabalho dedicado a pensar no que, do acontecimento e do sentido de acontecimento, nos é escondido de forma constitutiva, não apenas pelo pressuposto

¹⁰⁹⁰ Aos olhares apressados, poderia parecer de pouca importância, ou até certo ponto nalgum momento desprezível, debruçar-se sobre tais regulações legais nem sequer em vigor. Pelo contrário. Propriamente porque se trata de uma determinação localizadamente legislativa que ela se dá a pensar como amálgama de uma sensível micropolítica em matéria de processo penal. Quase em estado bruto, cruamente as correlações de força ficam expostas. Será exatamente por esta contingência e pela emersão de saliências que estas pretensões legislativas acabam por trazer a nu, não apenas os jogos de forças estabelecidos, mas, sobretudo, conseguem representar as cristalizações nas franjas das posições acusatórias e demonstrar o quanto os mitemas relativos à centralidade política da prova podem se revelar complexos, e também afeitos às demandas suscetíveis de inversão dos mesmos desejos acusatórios.

¹⁰⁹¹ FREUD, Sigmund. “Recuerdo, Repetición y Elaboración”. In: *Obras Completas*. Tomo II, pp. 1683-1688.

anterior, mas também por estas dimensões do futuro que são pro-jecto, o pro-grama, a pro-spectiva, e mesmo a pro-posição e o propósito de psicanalisar.”¹⁰⁹²

Para tanto, diante desta tarefa hercúlea (de crítica da crítica, que tautologicamente não deve redundar na afirmação do *mesmo* inicial), podemos pontuar diretamente o seguinte: em momento processual penal crítico, a tensão instalada quando se apõe a proibição do magistrado em dirigir-se, no terreno da prova produzida, a qualquer elemento novo – sobretudo frente ao aspecto de trabalho complementar, frise-se mesmo dentro do âmbito da prova produzida pelas partes, que de alguma forma também funcionará com potência probatória (*verbi gratia*, complementar a inquirição de testemunhas) – não raro é rapidamente esgrimida e se tenta diluí-la sob o pretexto de inclinar-se para um insustentável *purismo acusatório*.¹⁰⁹³

¹⁰⁹² LYOTARD, Jean-François. *O Inumano: considerações sobre o tempo*. Lisboa: Estampa, 1989, p. 35.

¹⁰⁹³ Haveria um inaudito: “adotar o princípio acusatório, mas nem tanto”? Ao menos desde Beling já se via algum argumento de repúdio ao *princípio acusatório puro* a ser aplicado no processo penal como um evidente sintoma da necessidade de se distar o terreno penal daquele ocupado pelo processo civil. Falando acerca deste “processo puro de partes”, onde o julgador apenas atua dentro do campo fixado por elas, onde “*las funciones están repartidas de forma que el Tribunal no hace sino resolver; el actor no hace sino perseguir y el inculpado no hace sino defenderse. En él, no puede el Tribunal realizar actos de persecución (...)*.” Uma regulamentação como esta significaria, pois, “*una analogía errónea con el proceso civil dominado por el «principio dispositivo»*.” Segundo arremata, para que o processo penal não redundasse num “negócio entre as partes”, o Tribunal não poderia ficar indiferente frente a essa luta, cabendo-lhe velar pelos “interesses públicos”. (BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Alemán y notas por Miguel Fenech. Buenos Aires: Labor, 1943, pp. 100-101). Isso que fará com que ele defenda um “autêntico *procedere*”, ancorado no “princípio de instrução” (inquisitivo), que estabelece o lema da verdade material e exige do julgador que se informe da situação sem que haja qualquer obstáculo das partes a esta tarefa (BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*, pp. 26-27). Assim, na mesma vertente, escreve Eduardo Correia: “*por isso se impõe no processo a afirmação do princípio inquisitório, ou seja, da máxima segundo a qual na formação da prova cumpre ao juiz uma atividade tendente a averiguar a verdade material, actividade essa que comporta a possibilidade de, ex officio, ele se mover para além dos limites neste aspecto traçados pelas partes, sem deixar de respeitar, é claro, o direito delas a serem ouvidas sobre tudo o que possa influenciar a decisão*”. Pelo que se vê, está firme em claros tons, de todo o que já fora firmado por nós: aquilo que haveria de “público” no processo penal, neste viés, não seria a efetivação dos direitos e garantias fundamentais insculpidas pela norma constitucional e sim a própria abertura da vereda inquisitória. O sentido do radical desconforto de adoção do sistema acusatório puro, que implicaria se identificar com o processo civil, como síntese, vem em suas palavras: “*uma tal modelação do processo penal no sentido de um sistema acusatório puro, de uma inteira passividade do tribunal, viria, no entanto, a dar-lhes os quadros clássicos do processo civil (...), dificilmente conciliável com a natureza eminentemente pública das relações que o direito criminal adjetivo serve*.” (CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz – A Teoria do Concurso em Direito Criminal*. Coimbra: Livraria Atlântida, 1948, pp. 19 e 16-17). Sobretudo, o que esta direção de pensamento esconde, por certo aspecto, é uma resistência de se identificar

O que não se pode deixar de ter em vista é que qualquer intento que permita pensar reflexivamente o sistema acusatório, de maneira profunda, não deve se perder sob algum pretexto de temor *panciviliista*. O argumento, grosso modo, frente ao qual nos opomos, pode-se inclinar não raro – nem que seja ao modo de *negação* devido ao *trauma* da colonização de conceitos do processo civil no processo penal – a temer uma abstrata figura do juiz civil, com sua postura de quase completa dependência de delimitação do caso julgado deixado às partes. Com certo receio de retornarmos a uma região de indiferenciação entre discursos e campos de atuação penal e civil (perda de identidade inclusive científica), a aparência de uma sustentação que não aceita o magistrado apenas a *decidir* o que lhe fora trazido não reconhece que nada nisto há de dependência de qualquer esquema processual civil. Senão há a valorização do *topos* ocupado pelas partes no processo penal e a real saliência do *princípio dispositivo* como alavanca de arranque do sistema acusatório.

Possibilidade clara se demonstra de haver a presença de um mecanismo de defesa contra estes possíveis contrapontos (e, porque não dizer, certo preço político a ser concedido) da parte daqueles (fica claro que não se trata de nossa linha) que acabam por advogar que tal posição assumiria complacentemente um juiz como mera figura

integralmente o processo penal acusatório com o inteiro teor do princípio dispositivo, como se nisto houvesse a subordinação aos preceitos do processo civil. Ainda que o princípio dispositivo tenha sido o sustentáculo inicial do processo civil (e o foi, de toda maneira, do processo em si) seu caráter de aplicabilidade diferenciada no processo penal hoje parece mais necessário que nunca. Ao preço de supostamente não se “confundir” com o processo civil, não aceitando a plena disposição das partes sobre a prova produzida sob pretexto de purismo acusatório, perde-se a oportunidade de se assumir integralmente o *princípio dispositivo*. Ademais, aquilo que importaria a aplicação do princípio dispositivo no processo civil, ao menos em tese, seria, dentre outras questões, a manutenção da equidistância e a sustentação de certa *simetria* entre as partes. Contudo, o que de forma radicalmente diversa torna o princípio dispositivo imperativo no processo penal diz respeito, para além da busca por aquela relação, à profunda *assimetria* estrutural entre as partes. Exatamente por este desnível, em razão deste descompasso de posições, que já se instala de início na persecução (todo um aparato de Estado disposto a funcionar desde a investigação preliminar sobre a pretensão acusatória), é que também o juiz-espectador tem sua identidade marcada pela gestão da prova atribuída às partes, conjugada ao final com a presunção de inocência. Deve-se, suma, acolhê-lo e assim o desejo acusatório impõe, sem precisar identificar-se o processo penal com o processo civil. Pelo contrário. Deixando a carga das partes a plena produção da prova exalta-se precisamente a posição subjetiva do réu como sujeito de direitos, a do próprio processo penal como instrumento da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais e, finalmente, a postura do juiz como garantidor deste cenário. Por outro lado, isto facilita antever a contraface do juiz-espectador que é o seu atrelamento à presunção de inocência, onde não há qualquer ônus da prova a ser distribuído (como no processo civil), pois a carga recai sobre quem deve fazer *compreender* (pela prova) e *convencer* (mediante a *adesão*) a pretensão acusatória (sobre as diferenças entre *sustentar/explicar* e *provar/compreender*, ver GIL, Fernando. “Do Direito à Teodiceia: Leibniz e o Ônus da Prova nas Controvérsias”, pp. 80-84).

decorativa. Para não permanecermos num patente sistema inquisitorial, o *contexto* – e vimos como isto fortemente pesa no caso brasileiro – pode fazer com que se ceda ao *desejo* radical de um *sistema acusatório*, como se esta *negativa* às pulsões inquisitivas não fosse exatamente aquilo que permite existir este *desejo*.

Deduzindo aquilo que com afinco deve ser mantido do princípio acusatório que (deve) ordena(r) nosso sistema processual penal (em apertada síntese para que possamos surpreender o argumento inverso pelo atalho), há que se firmar: no sistema acusatório a gestão da prova deve estar invariavelmente sobre o poder das partes. Isto já implica a sua produção sobre o crivo do contraditório, pois pouca razão restará se for disponibilizada a controvérsia do processo penal a produtos que não foram oriundos da disposição das partes. Melhor dizendo, mais claramente: será ainda um deletério “procedimento em contraditório” se a dialética for concedida após os elementos terem sido trazidos pelo magistrado. À sede de exemplo: não deixará de ser inquisitório o modelo em que o juiz penal vai à cata da prova e colhe os elementos por força própria, mesmo que depois os disponha ao contraditório, na medida em que ele, vimos, é posto privilegiado suscetível à porosidade da *evidência*. É ao tocarmos o fundo da questão acerca da *gestão da prova* alheia ao magistrado que se percebe sua íntima relação – seu anverso, diria – com a *presunção de inocência*, que ajudará a resguardar (nunca de forma completa, certamente) o sistema acusatório de alguma inflexão ou espaço à matriz inquisitiva.

Por isso é lícito se permitir galgar fortemente a premissa da *gestão da prova* a cargo das partes para atentar sobre um momento de *inflexão inquisitiva*, quer dizer, o instante em que podemos identificar dentro do próprio núcleo acusatório, em suas franjas, onde ele pode se fragilizar. O argumento se desenha muito bem quando proíbe a substituição da atividade probatória do MP pelo juiz, posta a *presunção de inocência*. Mas estranhamente depõe contra si quando diz que “isto não quer dizer, porém, que o juiz deve ser um passivo espectador da prova”. Passa-se a pleitear, para explicar esta estratégia inversora da postura do magistrado, por *dimensões do procedimento probatório*: a da *profundidade* e a da *extensão* (largura). Poderá se pensar no caso de determinado depoimento ter sido requerido pelas partes, em que o juiz estará proibido de requisitar outros. “Mas dentro da extensão (do depoimento requerido), não há qualquer restrição à profundidade, ou ao modo de ser introduzido o depoimento no

processo.”¹⁰⁹⁴ Resumindo: os poderes instrutórios do juiz são *ilimitados* na *profundidade*, mas não na *extensão*.

Aqui não está se aduzindo acriticamente que ao magistrado não cabe tomar as medidas de praxe como, exemplificativamente, regular a credibilidade, a autenticidade e a sanidade do testemunho, ou mesmo, na marcha processual, deferida a citação do réu, tomar todas as providências cabíveis para localizá-lo. Isto se trata da sua função como órgão judicial na administração do processo, o que nada tem a ver com a sua genuína função jurisdicional que pudesse o autorizar, ao menos sob o rigor do sistema acusatório, a complementar a inquirição de qualquer testemunha. Se à imputação cabe provar os fatos alegados sem a intervenção do magistrado, é a *gestão da prova*, como *metonímia organizadora* da *presunção de inocência*, que não permitirá ao juiz, muito menos para sanar dúvida pontual sobre alguma hipótese, complementar com perguntas as inquirições das testemunhas.¹⁰⁹⁵

Mesmo dentro do terreno da prova produzida pelas partes, não cabe ao magistrado demandar algum poder sobre a “profundidade” destes elementos em caso de *dúvida* – qualquer esclarecimento ao final é posto resolver com a *pré-ocupação do terreno democrático ditado pela inocência*. Seus poderes instrutórios, sob bom termo, devem ser nulos, senão aqueles óbvios, naturalmente voltados à direção da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Se houvesse, por hipótese, dentro da *profundidade* de um depoimento requerido de uma testemunha, uma condizente permissão ao juiz de buscar “esclarecer” alguma “dúvida”, mesmo complementarmente às partes, isto nada pareceria se diferenciar, noutra escala e diapasão, de um exercício renovado de poderes de instrução, proibido pela *gestão da prova* a cargo das partes. Ao

¹⁰⁹⁴ A tese é estendida e muito bem resumida em CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. “Perspectivas Principiológicas de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório”, *cits.* pp. 19-20.

¹⁰⁹⁵ Com isto também vemos, nesta linha de liberdade sobre a “profundidade” dos poderes instrutórios do juiz, o permissivo do art. 175 §1º do *Anteprojeto* (“Art. 175. *As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. §1º Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição*”, BRASIL – SENADO. *Anteprojeto*, p. 54), que também permanece na redação final, dada pelo *Parecer nº 1.636* e aposta pelo art. 179 §1º (“Art. 179. *As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. § 1º Logo após, o juiz poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos*”, DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 1636 – Redação Final do Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009*. Brasília: nº 202, publicado em 08 de dezembro de 2010, p. 57.203 (a redação final está publicada em suplemento à presente edição; *cit.* p. 38).

permitir, desde uma leitura principiológica de um processo penal acusatório, que tal se alinhe ao perfil de um juiz, não mais ativo na produção de provas indiferente às partes, mas *prospectivo* na busca de dados para esclarecê-lo no tocante à prova produzida, nada sinaliza mais que estejamos funcionando no registro do magistrado espectador e destinatário da prova, marca fundante do sistema constitucional acusatório. Quer dizer, obrando no defeito das partes que não conseguiram se desincumbir de suas tarefas, estaríamos diante de um *inquisidor de segundo grau*.

Do contrário, apenas deslocaríamos a proibição que pretende resguardar-nos de posturas paranoicas – e jamais olvidemos que elas nunca são inofensivas, muito menos quando se trata de doutrinas, polícias e tribunais¹⁰⁹⁶ – ou, epistemologicamente falando, de operadores que alargam a porosidade da *convicção* à *crença* e à *evidência* por certo, a um patamar interno, onde um *suposto-juiz*, investido em seu imaginário, não podendo produzir prova alheia àquela das partes, poderá investir seu desejo no labor de um *prospector* probatório, *máquina* disposta a tragar o leite que lhe fora aberto pelas partes – denotando novos universos com velhas práticas.

É à figura do onipotente terceiro que se opõe irremediavelmente. Sobre a inflação da autoridade do Estado má aplicada na função judicial de prospecção probatória (não mais no alargamento somente), o sistema inquisitorial segue a ganhar empuxo. Seu modelo, não há de se esquecer, “*paraît domine par la figure d’un juge, investi d’un pouvoir discrétionnaire qui «procède directement, de plano, sans clameur d’avocat ni figure de «jugement».*”¹⁰⁹⁷ Qualquer Tribunal que ambicione a sério ser independente e imparcial, sob regras de um *procès équitable*, deve observar seriamente *un rôle passif*.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁶ “*Perciò l’apparato vieta e reprime i discorsi curiosi, imponendo una lingua senza griglie logiche (vedi Orwell, 1984). Ora, la paranoia non è mai innocua, tanto meno quando infici dottrine, gerarchie, polizie, tribunali.*” (CORDERO, Franco. *Che cos’è la giustizia?* Roma: Luca Sossella, 2007, p. 18).

¹⁰⁹⁷ SALAS, Denis. *Du procès pénal*, p. 47.

¹⁰⁹⁸ “*Tiers placé au-dessus des parties et ne pouvant trancher une controverse qu’à la demande et dans les limites de la demande que lui font les parties, le juge est tenu dans un procès équitable d’observer un rôle passif. Face à des acteurs qui disposent du procès soit le saisissant soit en maîtrisant le déroulement des débats, il observe une règle de neutralité. Il se borne à garantir à chacun une possibilité égale de faire valoir ses arguments. Sur ce point, la construction processuelle des pays de common law où les pouvoirs d’enquête, de direction des débats et de jugement sont, surtout au pénal, attribués à des acteurs différents constitue, par la fragmentation extrême de la fonction de juger, l’emblème du procès équitable.*” (SALAS, Denis. *Du procès pénal*, p. 28).

Sistematicamente para que possamos avançar em forma de síntese. Entendemos primeiramente que o contraditório não pode sozinho ser pedra de toque suficiente ao processo penal se o juiz for aquele ainda que produza a prova; por segundo, sustentamos que não esteja suficientemente tensionado o sistema acusatório ao se conceder ao magistrado, mesmo “inerte”, que ele aprofunde as provas aduzidas pelas partes em franco desrespeito à presunção de inocência resguardada; presunção esta, por fim, que não adquirirá confiança alguma e será mera retórica vazia se não for levado a sério o princípio dispositivo e seu caráter público, sombra do desejo acusatório presente que não deve ser nublado por nenhum temor vaidoso de ceder os contornos do domínio científico no processo penal.

Poderemos estar incorrendo em algum *purismo acusatório*? Ou apenas está se tentando reavivar o sentimento de *desconforto* quanto a esta posição ativa do magistrado na adição de fatos ao testemunho tanto quanto já havia se abatido na segunda metade do século XVIII na Inglaterra. “*Above the Fray*”, como escreve John H. Langbein – marco e sinal claro do *Adversary System*, como índice que determina o local do juiz frente à contenda. Nada condizente ao magistrado estar “sobre” as partes, mas *acima do embate* entre elas, denunciando o impacto do controle das partes na procura dos fatos.¹⁰⁹⁹ A aquiescência judicial, repita-se, foi transformada naquela tradição no século XVIII pelo seu próprio desconforto. A prática comum do juiz de tomar os testemunhos e agir como um examinador e contraexaminador passou a ser amplamente posta em xeque. A postura do magistrado altamente proativa e questionadora da testemunha, que direcionava o fluxo da prova acabou, na época, por mudar de foco: “*across the second half of the eighteenth century the trial judges began to show discomfort with this work of adducing fact (...)*”.¹¹⁰⁰

O que poderia explicar a inclinação dos juízes de se retirarem do trabalho de aduzir fatos à causa e mesmo a inquirir testemunhas? Simplesmente o fato de que são as partes e seus procuradores os melhores habilitados a apresentá-los, enquanto o magistrado se poria em estranha posição na condução da prova (mesmo quanto a trabalhar em favor da defesa) – razão de ser da própria estrutura partida das funções processuais. Na altura do final daquele século, o processo penal havia deixado de ser fundado numa livre forma de inquirição e “*each side was understood to be gathering,*

¹⁰⁹⁹ Profundamente neste ponto e direção, DAMAŠKA, Mirjan R. *Edicence Law Adrift*, pp. 74-124.

¹¹⁰⁰ LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p. 311.

selecting, and presenting evidence for partisan purposes".¹¹⁰¹ Em 1806, já estava assentado, num dos mais destacados comentários jurídicos da época, realizado por William David Evans¹¹⁰², que a dinâmica do *adversary trial* era feita de um juiz que se mantinha passivo enquanto os procuradores aduziam o caso a ser julgado. Não deve ele pôr-se, neste sentido, *pari passu* aos procuradores nem sobre suas estratégias, apenas sendo atraído pelo território, constitucionalmente imperativo, hoje pouco convidativo, em virtude do punitivismo que graça, de "alheidade" aos interesses envolvidos.¹¹⁰³

Se algum purismo deve implicar uma perspectiva desconfiada a reconhecer a possibilidade de inversão inquisitorial devido a um ponto sensível mesmo internamente ao argumento acusatório, há que se admitir a resposta afirmativa. Em virtude do local que a Constituição da República destinou ao juiz, longe da iniciativa probatória, não faz sentido permitir-lhe, propostos os meios de prova pelas partes – pelos mesmos argumentos potencializados nas lições de Miranda Coutinho e Cordero –, trabalhar em algum "esclarecimento" sobre "dúvida que interessa e deve ser sanada" (interessa a quem e a que preço?), ao arrepio de sua função *decisória* política resguardada nestes momentos à *presunção de inocência*.¹¹⁰⁴

¹¹⁰¹ Pouco antes, na mesma página: "*as the work of gathering and presenting fact became ever more the province of counsel, hence ever more partisan, the idea that impartial judges could perform it for prosecution or defense became ever less plausible.*" (LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p. 313).

¹¹⁰² Os ensinamentos do autor vieram nas *Notes on Pothier on Obligations* na oportunidade da tradução inglesa feita em 1806 por ele da obra de R. J. Pothier *A Treatise on the Law of Obligation, or Contracts* de 1761. Os comentários que ficaram substancialmente mais extensos que o próprio texto traduzido ganharam tamanha importância que fica difícil estimar a significação da sua contribuição. Cf. TWINING, William. "The Rationalist Tradition" In: *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Illinois: Northwestern University Press, 1990, pp. 42-45.

¹¹⁰³ LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p. 313. É neste momento, também no século XIX, que a presunção de inocência – *beyond-reasonable-doubt* – estampada no *burden of proof* ganha força determinante para descentrar a figura do juiz do envolvimento com as testemunhas, para tornar o julgamento oportunidade em que a defesa poderá sustentar e testar a dúvida sobre a validade da hipótese persecutória. Ver também LANGBEIN, John H.. "The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries". In: *The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development*. HELMHOLZ, R. H. (et al.). Chicago & London: The University of Chicago Press, 1997, pp. 98-99.

¹¹⁰⁴ Pontualmente, em sentido contrário, sustenta Miranda Coutinho: "*Diferentemente disso é a atividade complementar a ser exercida pelo juiz: se se arrola uma testemunha o objetivo é o esclarecimento de algo e, portanto, tem-se um destinatário primeiro. Se o escopo não atinge com a intervenção da acusação e da defesa, não faz sentido o rigor do sistema acusatório puro e a proibição de que o magistrado intervenha naquela direção. A dúvida que interessa e deve ser sanada, por excelência, é a dele; e a lógica determina que ele atue, indagando, no sentido*

Para saltar-se do *sensu comum* punitivo, é a *decisão* (penal) pela inocência que poderá resguardar alguma sanidade ao processo penal. A arena política (e aqui entendida sob as pré-constituições que colmatam o horizonte de expectativas constitucionalmente postas) é violada quando coroa o regime de opinião que, como vimos, em essência, cristaliza a *ostensão* e *aclamação* punitivas. A ruptura com o fluxo homogêneo de pensamento único, que bem pode ser visto como epicentro atrativo das políticas inquisitivas em matéria penal (mas que ganham novas faces nas diferentes temporalidades), tem seu coração na medida da *decisão* como *acontecimento*¹¹⁰⁵, que obsta a emergência do excesso da potência punitiva do Estado.

Desta forma é que também podemos deixar de lado qualquer tentativa de aceitar uma verdade inchada, indiferente à *normatividade* do direito¹¹⁰⁶, substancialmente

de se esclarecer. Ele não é, pois, um passivo – como ingenuamente têm dito alguns –, mas não se lhe dá a possibilidade primeira de decidir antes e depois sair à cata da prova para justificar sua decisão.” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “*Legibus Solutio*: A Sensação dos que são Contra a Reforma Global do CPP”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 18 – nº 210 – Maio/2010, p. 02). No mesmo sentido, noutro local MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Anotações Pontuais sobre a Reforma Global do CPP”, p. 17.

¹¹⁰⁵ Talvez possamos torcer nalgum ponto o argumento de Badiou, quase que ao preço de falhar em fidelidade. Particularmente, na relação da *política* com o *Estado*, Badiou dirá quanto ao Estado que ele está caracterizado por um efeito estrutural de separação e superpotência em relação ao que se pode simplesmente apresentar nas diversas situações coletivas. A questão da *potência* do Estado está, assim, intimamente ligada à *política*, pois ela será o único *procedimento de verdade* a convocá-la diretamente. E a figura habitual desta convocação encontra-se na forma empírica desta superpotência errante do Estado que é a repressão. Mas ainda isto não é o ponto essencial para nós. A verdadeira característica do *acontecimento político* se dá quando ocorre a interrupção do errar subjetivo da potência do Estado (configura o *estado da situação*, segundo o autor). Todo o *acontecimento político* dá uma medida visível à potência excessiva do Estado. Poderá haver melhor declaração e oportunidade para isto do que na postura de contenção do poder punitivo, na assunção das regras de fechamento do sistema acusatório e do processo geral, no pensamento, enfim, de todo saber penal preocupado com a *liberdade*? “*La política es la interrupción de ese errar, es mostración de una medida de la potencia estatal. Es en este sentido que la política es ‘libertad’.*” Exatamente poderá ver-se a fixação do um *limite* propriamente na *prescrição política* ao sem-medida do Estado. Tal como no matema lacaniano em que o sujeito é aquele que cai entre os significantes primordiais S1 e S2, tratando-se da *política*, a sua função como *prescrição* é dar medida à potência estatal. Em termos derradeiros, conservar uma distância do pensamento político com respeito ao Estado (repressivo) é o momento em que alguma *escritura da democracia* pode se dar. (BADIOU, Alain. *Compendio de metapolítica*. Traducción de Juan Manuel Spinelli. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009, pp. 109-117, cit. p. 112).

¹¹⁰⁶ Instante central no pensamento metodológico-jurídico de Castanheira Neves, constitutivo da *unidade global do próprio problema jurídico concreto* – que ousadamente pode ser sintetizada na trilha emparelhada: questão-de-fato (relevância) – questão-de-direito em abstrato (critério) – questão-de-direito em concreto (juízo). Nesta unidade *norma e caso*, o problema em causa, antes de ser estritamente hermenêutico (correto compreender), acaba por ser um problema *normativo* (justo decidir). Segundo o autor: “(...) o problema aqui não é o de compreender-

inflada em sua centralidade como fim último a ser buscado no processo penal (não que esteja ausente do seu horizonte epistemológico), que tão longe guiou a lógica inquisitória no processo penal. Com Carnelutti, podemos ver na *certeza* uma estrada a pavimentar o cerne político da *decisão*. *Certeza* do latim *cernere* significando não mais *vedere*, mas *scegliere*: “*la certezza, io scrissi allora, implica una scelta; e questo, probabilmente, fu il passo decisivo per comprendere non solo il vero valore del suo concetto, ma pure il drama del processo.*”¹¹⁰⁷ *Decisão*, assim, que deve implicar uma

interpretar algo que se ofereça num certo contexto histórico-cultural (e como seu elemento) numa determinada situação concreta e assim numa particular relação entre o passado e o presente – compreensão-interpretação que, sendo feita a partir dessa situação e para ela, é, por isso, sempre aplicação, «concretização» –, é antes o de interrogar normativamente uma norma abstracta do ponto de vista de um problemático caso decidendo para obter dela o critério de uma justa, prático-judicativamente adequada, decisão desse caso. O problema aqui não é hermenêutico (apenas o de compreender-interpretar algo numa certa situação) é normativo (o de judicativo-judicativamente decidir algo, um caso problemático ou a suscitar uma controvérsia concreta).” (NEVES, A. Castanheira. “Excurso – Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade”. In: *O Actual Problema Metodológico Da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 433; ver na mesma obra pp. 184 ss.). Postular o *caso jurídico como prius metodológico* implica, numa perspectiva problemático intencional ínsita ao direito, quer dizer, para um juízo autônomo de juridicidade, um modelo de interpretação jurídica orientado pelo objetivo de atingir na norma a normatividade prático-jurídica solicitada, como critério, pela “*problematicidade concreta do caso decidendo e que seja normativo-materialmente adequada à sua solução judicativa.*” (NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*. Studia Ivridica. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 142). Sobre a *normatividade (juridicidade)* como problema central da questão metodológico-jurídica, por todos os momentos, além do clássico NEVES, António Castanheira. *Questões-de-facto–Questões-de-direito*. Coimbra: Almedina, 1967 referido, ver NEVES, António Castanheira. “O Papel do Jurista no Nosso Tempo” e “A Distinção entre a Questão-de-Facto e a Questão-de-Direito e a Competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de «Revista»”. In: *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 1º. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 46-50 e pp. 483-523 respectivamente; NEVES, António Castanheira. *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 2º. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 249 ss..

¹¹⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco. “Verità, Dubbio, Certeza”, p. 05. O Mestre italiano, para fugir de uma “busca pela verdade” no processo, propriamente querendo alijar-se da ideia de que nele se ambicione uma *verità sostanziale* e como resultado haveria apenas uma *verità formale*, sob os escritos de Heidegger, assenta que a verdade não é e não pode ser senão *uma*, portanto a verdade formal não seria uma *verdade*. Sua meditação parte do conceito de *universalidade da coisa (Weltlichkeit der Sache)* heideggeriana, em que para conhecê-la seria necessário saber o que ela é bem como o que ela não é. Assim já havia posto no diálogo com seu neto sobre o que seria um rosa. Vale a transcrição: “(...) *Una cosa è una cosa in quanto è e non è./Ma come è possibile essere e insieme non essere?/Come sia possibile per ora non ti so dire: questo è il segreto dell’esistenza, che andiamo cercando (...). Fatto sta che se questo fiore è una rosa non è un garofano; e se è questa rosa non è quella rosa./È così; ma non si capisce come sia. (...)/Se le intitolassimo, invece che come fanno i contabili, al dare e all’avere, al non essere e all’essere? Si tratta di inscriverci, nell’una o nell’altra, quei risultati dell’astrazione, che finora abbiamo ottenuto. Tra il genere e la specie, quale ti pare che appartenga all’essere e quale al non essere?/Io non lo so; sono troppo difficili queste domande, nonno!/Certo che sono difficili; ma*

certeza judicial, radicalmente fundada numa *escolha*.¹¹⁰⁸ É sobre a *dúvida*, que está na raiz da *certeza*, diante dos dois raciocínios apostos no processo penal, que se desprende a *decisão* como *escolha* (não apenas como juízo, mas como *ação*) política pré-ocupada pela inocência.

Apontar que corrói o princípio acusatório (apenas) violar a “largura” do poder probatório das partes e não a sua profundidade, noutros termos, afirmar que o juiz tem amplos poderes, em caso de *dúvida*, para dragar pontos que quiser dentro daquilo que as partes trouxeram é ter por renovado, noutro prisma, a premissa inquisitória pelo descuido quanto às *pré-ocupações de inocência*. O limite à tolerância acusatória, sim, é que deve ser expandido e não se render à intolerância de fenestrar um juiz “passivo espectador da prova”, como se isto lhe pusesse num patamar inferior e não fosse o anverso de uma postura permanentemente *ativa* no resguardo das garantias individuais e de diferenciada atitude frente aos excessos, inclusive de si mesmo.

*forse più nell'apparenza che nella verità. Ragiona, piccino: una specie è questa rosa, un genere la rosa./Questa rosa non solo non è altro fiore ma neppure un'altra rosa.../Ma bravo! Vedi che ci riesci? La rosa invece.../La rosa non è gli altri fiori, che non siano rose, ma è tutte le rose./Dunque la rosa ha più essere che non questa rosa./Ho capito: nella collona dell'essere si mette il genere e in quella del non essere la specie./Difatti, quando, in cerca dell'essere, abbiamo astratto il genere dalla cosa.../Noi non cerchiamo l'essere, veramente: cerchiamo l'uno./Che saranno, vedrai, la stessa cosa; ma diciamo pure uno invece do essere, per ora; quando dunque abbiamo astratto dalla cosa il genere, il residuo dell'astrazione (e stavo per dire il rifiuto) è stata la specie./Come le erbe, che si lasciano da parte, cercando le fragole! Allora anche la forma va nella colonna dell'essere, se ricordo bene.../E nell'altra la sostanza; e così nella prima lo spazio e nella seconda la materia; e finalmente in quella il luogo, e in questa il tempo./Quattro nella collona dell'essere.../E quattro in quella del non essere: genere, forma, spazio, luogo e, dall'altra, specie, sostanza, materia, tempo./Bello...Dico per dire. Sarà bello; ma a che serve?/Forse, per ora, soltando a capire che nessuno di quei risultati, che finora abbiamo ottenuti, esiste./Che dici? Che vuoi dire? Il tempo non esiste, né il luogo? Ma allora.../La cosa, e così il mondo esiste, ma né il luogo né il tempo né alcun altro di quegli astratti, che abbiamo finora trovato. Invero esistere è, insieme, essere e non essere; ora se la cosa è e no è, ma il genere, la forma, lo spazio, il luogo esprimono il suo essere e invece la specie, la sostanza, la materia, il tempo il suo essere, ciascuno di questi elementi ha in sé l'essere e il non essere ma non l'uno e l'altro insieme. Non sono dunque esistenze, ma elementi dell'esistenza.” (CARNELUTTI, Francesco. *Dialoghi con Francesco*. Roma: Tumminelli, 1947, pp. 57-60). Assim, para se poder afirmar conhecer verdadeiramente uma rosa, que não é nenhuma das demais flores, seria necessário conhecer tanto o que a rosa é como, sobretudo, o que ela não é. “Perciò la verità di una cosa e ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale.” Daí sua clássica afirmação: “insomma la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi.” (CARNELUTTI, Francesco. “Verità, Dubbio, Certezza”, p. 05)*

¹¹⁰⁸ Cf. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Glosas ao *Verdade, Dúvida e Certeza* de Francesco Carnelutti, para operadores do Direito”. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano IV – Nº 14. Porto Alegre: Notadez, 2004, pp. 77-94.

É exatamente pelas terríveis experiências pretéritas de inversão de sistemas processuais travestidos de democráticos que possíveis contrapartidas políticas às conquistas acusatórias podem bem vir a enfraquecê-las. A mudança importa ser radical e forçar ao máximo o princípio unificador. E que nada se deixe pregar a falsas premissas de impunidade.¹¹⁰⁹ O panorama apresentado faz coro ao longo caminho a percorrer para a formação de uma *cultura democrática no processo penal*, mas ela apenas terá alguma chance, para além da reforma global plenamente assentada no princípio acusatório,¹¹¹⁰ tráfegando na direção da máxima “de-substancialização” do lugar do juiz,¹¹¹¹ independente das demandas persecutórias em todos os níveis.

O *convencimento* aparece assim como ética e constitucionalmente admissível ao nível do substrato probatório trazido apenas pelas partes. É o *modo* de exercício da *prova*, no tocante a disparar o magistrado a complementá-la – pouco importa, neste patamar, se dentro daquilo disposto pelas partes ou não, interessando sim o próprio poder de instrução, como dissemos – que o inclina na formação de uma *aceitação*, sobre a qual se instala o registro da *evidência*. Deixando de ser destinatário da prova e tomando partido numa espécie de autodoação, acarreta a sua aproximação de uma *convicção apressada*. Quer dizer, fica desnecessariamente (pois se afastaria disto, ao final do rito processual, pela simples decisão acoplada à *presunção de inocência*, consagração radical da *gestão da prova a cargo das partes*) mais próximo o magistrado do natural componente *alucinatorio* da *evidência* quando exerce, em caso de dúvida, alguma atividade probatória, seja sobre o aspecto de *extensão* ou *aprofundamento* do material angariado pela dialética do processo penal. Como vimos, numa operação capciosa, nem sempre perceptível, passa por cima das *condições de esteio* e coloca-se

¹¹⁰⁹ “Não se trata – há de se entender – de pregar e impor um sistema processual em favor dos criminosos como, sem qualquer procedência, têm pregado os menos avisados, sempre adeptos à força, em geral à Lei e Ordem, desde que seja contra os outros, obviamente. O Sistema Acusatório não é e nunca foi sinônimo de impunidade, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se – isso sim – de um sistema que realça o papel das partes – a começar por aquele do juiz – não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado”, p. 17).

¹¹¹⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Lei 12.403/2011: Mais uma Tentativa de Salvar o Sistema Inquisitório Brasileiro”. *Boletim* – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Ano 19 – nº 223 – Junho/2011, p. 04.

¹¹¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. “Quando se Fala de Juiz no Novo CPP de que Juiz se Fala?”. In: *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*, p. 129.

prontamente no pólo da *aceitação* – investe no seu *saber* ao invés de decidir sobre a *prova*.

No momento em que o juiz vai ao encalço da prova, mesmo que de forma complementar ou para aprofundar o manancial das partes, o que deixa translúcido é uma certa sensibilidade à *justificação da indução* que realiza, na procura da prova, como *dedução mascarada*, na medida em que a hipótese (acusatória) é de maneira pontual prolongada, não sendo decidido o *caso penal* em função da *norma de fechamento* que se traduz a *presunção de inocência*. Caso típico congruente, que de forma paralela pega emprestada sua lógica epistemológica da *prova legal*, tratada atrás (e mesmo antes nas práticas ordálicas). Há uma transfiguração da lógica (maneira de operar) da prova legal neste tipo de postura. Ambas têm no cerne de sua autoridade a *generalização de uma norma de ilação*.¹¹¹² Aquilo que aparentemente se construiria sob a aparência de indução probatória esconde uma inexpugnável conclusão fática prévia graças à conjunção de premissas tidas como verdadeiras. “*Cade ogni limite alla fantasia induttiva*”¹¹¹³. No caso do procedimento inquisitivo pré-moderno, eram as tarifas de provas que determinavam valores distintos a cada tipo. Graças a este artifício, a *indução* transformava-se em simples *dedução*, cuja premissa universal vinha posta na prova legal. O que se identifica com as práticas atuais de instrução probatória a cargo do magistrado, estritamente, é a assunção de uma premissa absurda de que a *dúvida* (ou o descobrimento da verdade, dependendo do registro inquisitorial que seja visto) serve para alavancar um prolongamento da tentativa de confirmação da hipótese acusatória. O que se generaliza enfim é a *fiabilidade* concernente ao tipo de prova, não aquela legalmente posta como dantes, mas esta produzida pelo juiz. Subrepticamente, pode-se ler: se aqueles elementos trazidos pelas partes não bastam, em rigor, as suas é que serão *provas suficientes*. Para quê? Para garantir dedutivamente a verdade da conclusão fática. Qual será a *conclusão necessária*, senão a da premissa acusatória, em virtude da ignorância à *norma de fechamento*? Em suma, na medida em que há o *primado da hipótese sobre o fato*¹¹¹⁴, como asseverou Cordero, o que não deixa de se passar na maneira de agir do juiz em terreno inquisitivo, com a ajuda de Ferrajoli, é a formação de *signos normativos de conclusão deduzida*.

¹¹¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 134.

¹¹¹³ “*Niente vieta conclusioni da quanto narra l’offeso, purché risultino motivate (...)*.” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 602).

¹¹¹⁴ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 51.

Paradoxalmente, quando uma atitude desejosa, *prima face*, de encerrar uma dúvida é intensificada, para além dos parâmetros deflagrados por um sistema acusatório, porque disposta a obter mais prova ao seu convencimento, seja em direção vertical ou horizontal, os agenciamentos insinuantes da *evidência* já se tornaram epicentro e fizeram daquele que agencia a prova uma vítima desta *vertiginosa* performance. Deixando a prova, ao fim, de requisitar a si mesma, seu registro *ostensivo* a deixa incapaz de respeitar as grelhas de um processo penal acusatório. Assim, alguma *convicção* que deveria advir somente conjugada à gestão da prova atribuída às partes, apressadamente, mergulha, por este operador máximo de *adesão*, que é o poder instrutório do magistrado, diretamente na pura *crença*.

A cada instante que o julgador intente dirigir atos probatórios (mesmo complementares no âmbito da prova produzida) uma atitude epistêmica se enxerta nas práticas desdobrando-se em *ação*, fazendo-se com que a *crença* se incorpore pelo seu nervo, que é a *adesão* – certamente não será corrigida pela *presunção*, neste caso, que deveria pré-ocupar o terreno processual, pois se o fosse já teria entrado antes em cena e resolvido a *decisão*. Noutros termos, tende-se a *crer* com estes dispositivos, dispensando a avaliação adequada.¹¹¹⁵ Não que deixe de exercer alguma avaliação, pelo contrário. A estima cognitiva do crente será sempre acompanhada da implicação mútua entre *avaliação* e *investimento*.¹¹¹⁶ Aquela será a condição de *plausibilidade* que o magistrado, por exemplo, buscará para sanar sua dúvida, todavia este segundo elemento, como sistema de preferências, já denuncia a *afetividade investida* do sujeito que tende a crer na sua hipótese buscada – o primado da hipótese sobre o fato agora soa com outros acordos. Saneados estes aspectos, mesmo assim, nada de garantido. A radicalidade do princípio dispositivo, com que se deve arcar no sistema acusatório, por certo, imporá, depois disso, novos desafios ainda muito mais profundos frente à constância inquisitiva do discurso, aos menos que se ignorem as aparelhagens do desejo a produzir efeitos por todos os níveis.

¹¹¹⁵ GIL, Fernando. “Crer, Confiar”, p. 110 (ou GIL, Fernando. “Em guisa de posfácio: crer, confiar”, p. 434.

¹¹¹⁶ GIL, Fernando. “Crer, Confiar”, p. 107 (ou GIL, Fernando. “Em guisa de posfácio: crer, confiar”, p. 431.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Como esclarecimento desta narrativa acrescento apenas que não só ela é penosa, mas que o nosso tempo em geral e o meu em particular também o são.”
(A seu editor, sobre *Na colônia penal* – **Franz Kafka**)

“(...) pertence à essência da mediocridade entender-se não-estranha, nem a si mesma, nem a nada, de tal forma invade os espaços, como o odor da decomposição que se espalha pelos espaços e que narizes pouco sensíveis ou já acostumados nem ao menos percebem mais; quem nunca experimentou o que é vida não agüenta evadir-se do estado de morte.”
(*Adorno & Kafka* – **Ricardo Timm de Souza**)

É momento de, temporariamente, no dito, obliterar o argumento. Especial responsabilidade há aqui em colmatar, no local que resta às palavras derradeiras os elementos principais (sem jamais anular as diferencialidades postas em cada momento no escrito) do percurso que puderam render o questionamento formulado acerca da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. O campo político do processo penal, permeável a inversões e ingerências, sobreposições e distensões, no tocante à prova, viu-se, é profundamente problemático. Coube aos vários níveis da análise posta – articuláveis a partir do prisma das linhas de força histórico-político-inquisitivas; passando pela estética da cultura penal contemporânea e seus discursos; para assentar a face apresentável, no contexto brasileiro, das escolhas decisivas em sede de democracia processual penal – destrinchar e confirmar a tese acerca da contundente existência do índice irredutível de inquisitorialismos permanentemente a palpitar na dinâmica do processo penal. Optando, pois, por filtrar o rastro deixado pelo nosso argumento de forma sumária, poder-se-ia firmar:

1. Ao nosso interesse, o diferenciado período medieval, época de complexo (re)embaralhar de cartas, auxilia a vislumbrar o salto vertiginoso (radicalmente oposto a

alguma paleografia da dúvida perdida na antiguidade), potente a dar resposta a uma nova ordem advinda dos fenômenos da heresia, da delinquência e da expansão econômica. A máquina instrutória cientificamente regulada e adequada a esta cultura atira o magistrado na militância persecutória, em que a onipotência termina na covardia de um arsenal que comunga da violência e da verdade absolutas. Em tal postura, dá-se entrada no espaço psíquico pelo trabalho prospectivo em que a tortura faz bem representar o brilho da prova no corpo supliciado. Sob brevíssima resistência, na modernidade, a dinâmica concede espaços periféricos para não ceder no núcleo, adaptando-se às novas performances autoritárias com a capacidade de se delongar como a propriedade a ser seguida. A partir disto, é que se constata a (re)configuração constante da estrutura penal repressiva desde o estilo inquisitório presente nos diversos contextos estudados. Ser capaz de visualizar estes espaços absolutos em que se inventam as proposições dogmáticas é observar o sagrado (amor) do Poder e buscar, por suas teatralidades e seus sistemas retóricos profundos, a conservação do movimento inquisitorial. O panorama, desde a decantação dos mais dispersos elementos ao longo da história das ideias, no processo penal, pode ser apresentado, em suma, como representação adequada da camuflagem inquisitorial ínsita ao próprio objeto institucional transmitido. É da estratégia transepocal inquisitorial a constância e perenidade de estilo, permanente em suas metástases e metamorfoses reconfiguradoras.

2. É a instabilidade atribuída à função judicial no encaço da prova que identifica de longa data o perfil inquisitivo do processo penal (brasileiro). Dentro das infinitas compaginações de modelos em complexas inter-relações entre realidade normativa e comportamental, capta-se e concebe-se, diante das opções ideais e projetos operativos, um módulo diferenciador de estilos. Na posição que ocupa o magistrado exercendo função de parte é que se instala a potência inquisitória e se identifica o ponto sensível, mais suscetível às crispações e propriamente às viragens autoritárias. Instalado o magistrado no local da necessidade de tudo saber, implicitamente estará na dimensão privilegiada da constante paranoica. Alheio a qualquer divisão subjetiva, o julgador põe-se adesivamente no platô de puro poder absoluto. A tradição brasileira não poderia estar descolada da transposição do sistema inquisitivo disfarçado do medievo. O ponto de corte fundamental atrelado ao modelo italiano fascista, como os demais da vertente continental europeia, assenta suas entranhas na disposição hipertrofiada do magistrado no que concerne aos seus poderes instrutórios na coleta da prova. Será esta instabilidade

que porá o magistrado a circular, ao invés dos significantes validamente produzidos pelas partes, comprometendo a estrutura do processo penal acusatório.

3. Tendo a pena, e qualquer discurso que se dirija a legitimá-la ou a dotá-la de sentido, algum sinal de defesa social, pronta a fixar a razão de Estado (apta a vincular seus operadores de inversão), um saber libertário em matéria penal, em contraposição, deverá estar ciente do seu papel de recorrer a um discurso-limite atento a articular, sob uma rica contingência, sobremaneira complexa, as estratégias de contenção das pulsões inquisitoriais em seus diversos pontos e momentos. Uma visão que tenha como lastro radical não dotar de finalidade alguma infligir dor no outro, e que seja cuidadosa tanto às retomadas de defesa social quanto aos ventos da razão de Estado, instadas ambas a atuar permanentemente, deve ir de encontro à polícia soberana. O momento de viragem no século XIX, dos discursos liberais para as desrazões do positivismo etiológico, apresenta um instante especial numa sociedade governamentalizada que nos ajuda, desta forma, a apontar o poder de punir (pena) como o rosto do poder político decifrado em termos de *guerra*; e o caráter da *pena* como tal, apreende-se como *dispositivo* codificado que reconduz as correlações de força via *política*. Assim, um desejo de contenção às pulsões inquisitoriais deve ser posto a circular no ponto de apoio de um discurso jurídico limite, na zona crítica entre direito e política, mais hábil a lidar com as questões candentes da economia política do castigo e da tendência totalitária interna a todo sistema penal. Em síntese, um modo estratégico de operar as táticas de evitação de sofrimentos (horizonte da dor cooptado pelo dispositivo da pena carregado de incessantes propriedades) é convocado e construído na direção da capacidade da força de saberes libertos em resistir e serem afetados por um radical poder de vida.

4. Uma nova disposição nas coordenadas contemporâneas do controle social tem seu fortalecimento eficiente nos anseios punitivos de diversos calibres. A nova economia do castigo inova nas zonas centrífugas da segurança, integradas cada vez mais aos mecanismos jurídico-disciplinares. Retratos concretos são os fenômenos não apenas de hipercarcerização, mas de inchaço da rede de domínio do poder penal transcarcerizante. Tolas atitudes políticas não percebem o logro da recorrente crise penal como manancial de novas configurações e, sob frágil respaldo, auferem novo fôlego à expansão punitiva. Se as estratégias securitárias de severidade a todo custo catapultadas pelo medo aglomeram-se às pretéritas práticas disciplinares e de soberania, a normalização do seu modelo ótimo é agenciada coletivamente, inclusive pelos atores

político-jurídicos responsáveis, em tese, pela sua limitação. No contexto brasileiro, o êxito do punitivismo tem estreita relação com o painel de interesses que confunde os atores político-criminais (legislador) e os atores jurídico-penais (juízes, promotores e mesmo defensores) envolvidos na questão criminal num contíguo plano homogêneo de enorme identificação com o populismo punitivo. A cultura inquisitória brasileira tem autoria, e está associada à confluência das demandas por punição. O epicentro destas políticas constitui polo de atração tamanho que confluem uma gama de práticas do mais amplo leque ideológico, já que uma vontade de punir, representada pelo populismo punitivo e forçada ao extremo, torna-se claramente uma componente forte da vida democrática no horizonte constitucional. Uma demagógica sociedade de emoção, envolvida na vertigem da ostensão penal, vem funcionando desde um aclamado consenso repressivo. O populismo, enfim, casa-se perfeitamente à punição na medida em que, sendo vago e indeterminado, capacita a coesão de diferentes demandas heterogêneas. As demandas localizadas nos diversos grupos de interesses acabam por (su)portar tal desejo e trabalham, pois, a reforçar os afetos performaticamente em torno da cadeia do discurso punitivo.

5. A evidência é virtuoso operador jamais ausente da constelação de regimes que se formam no processo penal. Ao dispensar a prova, anula as mediações e, com sua imensa potência alucinatória, constrange os anseios do horizonte democrático. Contudo, dela não se escapa em qualquer patamar que se interesse pela prova. A prova, mesmo destinada a afastá-la, contém-na. Aprendendo-se a lidar com os paradoxos da prova é que se pode verificar onde a evidência é capaz de ser requisitada com adequação. Fugir de sua vertigem é poder vislumbrar na sua verdade propriedades centrais à estética do processo penal acusatório. São os novos usos da evidência que permitem alcançar o binômio *pré-ocupação* de inocência/carga da prova (destinada exclusivamente à acusação), dentro da dialética do cruzamento processual, como regra, sobretudo, de clausura, que preencha o horizonte de expectativas acusatórias da decisão política auferida na sentença, quando persistir a dúvida convertida em certeza jurídica (de absolvição). A evidência alia-se ao argumento democrático como uma modalidade de compressão da convicção apressada, via realização de um desejo de preenchimento figurado pela confiança no *pré-ocupado* terreno acusatório. Por sua vez é o modo de exercício da prova, no tocante a disparar o magistrado a complementá-la que o inclina na formação de uma aceitação sobre a qual se instala o registro alucinatório da

evidência. Deixando de ser destinatário da prova e tomando partido numa espécie de autodoação (a acarretar uma convicção apressada), passa o julgador por cima das condições de esteio da prova e coloca-se prontamente no polo da aceitação – investe no seu suposto-saber ao invés de decidir sobre a prova carreada pelas partes. Desnecessariamente, coloca-se mais próximo o magistrado do natural componente alucinatório da evidência quando exerce, em caso de dúvida, alguma atividade probatória, seja sobre o aspecto de extensão ou aprofundamento do material angariado pela dialética do processo penal. Na escala europeia concreta, por seu turno, preliminarmente, a ideia de inquisitorialidade segue firmemente governada através da gestão da prova sob o protagonismo do magistrado. Nada diferente dá-se no contexto brasileiro, em que tais efeitos produzem-se mais profundamente. Sua micrologia (da epistemologia da prova em particular) deflagra os fragmentos dos diversos mitemas abordados, numa complexa microfísica das relações políticas a vincular aproximações e recuos, conquistas e concessões na busca de uma estrutura acusatória do processo penal brasileiro, não sem antes encerrar em si também depósitos de máquinas desejanter prontas a serem operadas sob signo inverso. Em suma, o ponto crucial do estudo da microfísica do processo penal brasileiro, no tocante às atuais relações e jogos de forças que se exercem nos palcos das reformas e inovações legislativas, radicalmente anuncia o campo de possibilidades da miríade democrática nacional. Numa micrologia da prova, pôde-se pautar o operador inafastável da evidência desde diferentes regimes, que tanto devem ser estrangidos, como aqueles identificados com a gestão probatória a cargo do julgador (em qualquer dimensão e profundidade), como, por outro mote, necessariamente precisam ser potencializados (assim realiza a *pré-ocupação* da inocência associada à carga da prova como regras, politicamente assumidas, postas no cruzamento da mediação processual, sobretudo, que confortam o fechamento do momento categórico da decisão judicial). Não se desprezando esta base sólida é que se autorizou o investimento nos limiares acusatórios. A política das máquinas desejanter embaralha suas linhas e fluxos, flexionando sua veleidade, não apenas frente aos fragmentos inquisitivos a abortar as engrenagens acusatórias (e que se impulsionam na direção de posições alucinatórias), mas repetidamente diante de si mesmos, jamais deixando de ceder ao desejo de sua realização.

Lidamos com conceitos dos mais variados na constelação do problema proposto. Esperamos, todavia, que eles tenham sido apenas um intervalo até a urgência de não eliminar o que importa no mecanismo da abstração: a qualidade jamais negligenciável que nos impila para longe da compulsão ao idêntico dos modelos totais. Que tenha feito algum sentido a tarefa, preocupada – não obstante a essência cativa da finitude das determinações – pelo mergulho literal ao que lhe escapa e lhe é heterogêneo, não redutível a categorias pré-constituídas. A escritura permite-nos irromper a folha em branco enquanto são fixadas novas aberturas e perspectivas: que, assim, o pensamento não-ingênuo, como prioridade, possa verter-se para além de si.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DOCUMENTAIS

Referências Bibliográficas

ABAD, Iván Orozco; ALBARELLO, Juan Gabriel Gómez. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADORNO, Theodor W. *Dialética Negativa*. Tradução Marco Antonio Casanova; revisão técnica Eduardo Soares Neves Silva. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

ADORNO, Theodor W. *Prismas*. São Paulo: Ática, 1998.

AGAMBEN, Giorgio. *A comunidade que vem*. Tradução de António Guerreiro. Lisboa: Presença, 1993.

AGAMBEN, Giorgio. *Che cos è un dispositivo?* Roma: Nottetempo, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte. UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Il Regno e la Gloria: Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*. Homo sacer, II, 2. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Luísa Feijó. Lisboa: Cotovia, 2006.

ALBRECHT, Peter-Alexis. “El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”. In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada: Colmares, 2000.

ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Tomo II (nº 12-30). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. Prólogo “Vincenzo Manzini – Nota Bio-Bibliográfica”. In: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Traducción de

Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996.

ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Volume I. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

AMARAL, Augusto Jobim do. “Algumas (re)descrições sobre a verdade no processo penal”. In: *Boletim* – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: Ano 17 – nº 202 – set./2009.

AMARAL, Augusto Jobim do. “O Zahir de Borges e a Fantasia Ideológica do Mercado: um estudo de antropologia dogmática”. In: *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. MARCELLINO JR., Julio et. al. (orgs.). Florianópolis: Conceito, 2010.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal: Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AMBOS, Kai. *Processo Penal Europeu: Preservação das garantias e direitos individuais (Princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos)*. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: psicanálise, direito e cultura*. Campinas: Millennium, 2007.

ARAGONES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. 2ª ed.. Madrid: Edersa, 1997.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e a Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

AUGÉ, Marc. *Génie du paganisme*. Paris: Galimard, 1982.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). *Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Federal*. Brasília: ESPMU, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da Justiça e Controle Social: Estudo Sociológico da Implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Gaúcho”. In: *Anais do XIII Congresso Brasileiro de Sociologia da Sociedade Brasileira de Sociologia, GT 25 – Violência, Criminalidade e Segurança*, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sociologia e Justiça Penal: Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; WEINGARTNER NETO, Jaime. “Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Gaúcho”. In: *Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*, set./2004.

BACON, Francis. *The Works of Francis Bacon*. Collected and Edited by James Spedding; Robert Leslie Ellis; Douglas Denon Heath. Volume XII. Boston: Brown and Taggard, 1860.

BADIOU, Alain. *Compendio de metapolítica*. Traducción de Juan Manuel Spinelli. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009.

BARATTA, Alessandro. “Integración-prevención”. In: *Criminología y Sistema Penal* (Compilación in memoriam). Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006.

BARATTA, Alessandro. “Ressocialização o control social – por un concepto crítico de reintegración social del condenado”. In: *Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel*. ARAÚJO JR., João Marcello de (org.). Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARATTA, Alessandro. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. In: *Poder y Control*, Barcelona, n. 0, 1986.

BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROS, Fernanda Otoni de (coord.). *Contando “Causo” – Psicanálise e Direito: a clínica em extensão*. Vol. 1. 2ª ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROS, Fernanda Otoni de. *Direito ao Pai: a paternidade no tribunal e na vida*. Vol 2. 2ª ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)Forma do Processo Penal*. 2ª ed.. São Paulo: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARTHES, Roland. *O grau zero de escrita*. Tradução Maria Margarida Barbahona. Lisboa: Edições 70, 2006.

BATISTA, Nilo. “Práticas Penais no Direito Indígena”. In: *Revista de Direito Penal*. Vol. XXXI. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zigmunt. *Medo Líquido*. Tradução de Carlos Almeida Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. *Vidas Desperdiçadas: la modernidad y sus parias*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume I (Séculos XVII e XVIII). Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 2002.

BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume II (Séculos XIX e XX). Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Traducción Jorge Navarro *et. al.*. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, Howard S.. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*. New York/London: The Free Press/Collier-Macmillan Limited, 1963.

BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Alemán y notas por Miguel Fenech. Buenos Aires: Labor, 1943.

BENAZZI, Natale; D'AMICO, Matteo. *O Livro Negro da Inquisição: a reconstituição dos grandes processos*. Tradução Maria Amélia Pedrosa. Lisboa: Âncora, 2001.

BENESE, Giovanni Botero. *Della Ragione di Stato, libri dieci. Con tre libri delle cause, della grandezza delle Città. Di nuovo in questa ultima impressione, mutati alcuni luoghi dall'istesso Autore, accresciuti di diversi Discorsi, cioè, Dell'Eccellenze degli Antichi Capitani; Della Neutralità Del Prencipe, Della Riputatione Del Prencipe, Dell'Agilità delle forze Del Prencipe, Della fortificatione; Una Relatione del Mare. Con due Tavole, Una delle materie, L'altra delle cose notabili. All'Illustriss Et Reverendiss Sig. mio osservandiss Il Signor Volfango Teodorico, Arcivescovo, e Prencipe di Salczburg. Venetia: appresso Nicolò Mifferini, 1606.*

BENJAMIN, Walter. *Obras Escolhidas*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BENJAMIN, Walter. *Sobre arte, técnica, linguagem e política*. Traduções de Maria Luz Moita, Maria Amélia Cruz e Manuel Alberto. Introdução de T.W. Adorno. Lisboa: Relógio D'Água, 1992.

- BENNASSAR, M. B.; JACQUART, J.; LEBRUN, F.; DENIS, M.; BLAYAU, N.. *História Moderna*. Madrid: Akal, 1980.
- BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BETINI, Alexandre. “Ainda sobre a Condenação sem Julgamento Prevista no PLS 156/09”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 209 – Abril/2010.
- BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Pílares, 2008.
- BIRMAN, Joel. *Cadernos sobre o mal: agressividade, violência e crueldade*. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BIZZOTTO, Alexandre. *A Inversão Ideológica do Discurso Garantista: A Subversão da Finalidade das Normas Constitucionais de Conteúdo Limitativo para a Ampliação do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BLONDEL, Eric. “As Aspas de Nietzsche: filologia e genealogia”. In: *Nietzsche Hoje?* Colóquio de Cerisy. MARTON, Scarlett (org.). São Paulo: Brasiliense, 1985.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BODIN, Jean. *On the Demon-Mania of Witches*. Translated by Randy A. Scott with an Introduction by Jonathan L. Pearl. Toronto: CRRS Publications/Victoria University in the University of Toronto, 1995.
- BOFF, Leonardo. “Inquisição: Um espírito que continua a existir”. Prefácio de *O Manual dos Inquisidores*. EYMERICH, Nicolau. Comentários de Francisco Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOUQUET, Simon. *Introdução à leitura de Saussure*. 9ª ed.. Tradução Carlos A. L. Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2004.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 2ªed.. Rio de Janeiro: Forense: 2010.
- BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: RT, 1980.
- BRUNO, Mário. *Lacan e Deleuze: o trágico em duas faces do além do princípio do prazer*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

- BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sôbre o Processo Criminal Brasileiro*. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: RT, 1959.
- BÜLOW, Oscar von. *Excepciones Procesales y Pressupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.
- BURROUGHS, William. *Naked Lunch*. The Fiftieth Anniversary Edition. New York: Grove Press: 2009.
- BUSATO, Paulo César. “Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo”. In: *Crítica à Execução Penal*. CARVALHO, Salo de. (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BYINGTON, Carlos Amadeu B. “Prefácio – O Martelo das Feiticeiras – *Malleus Maleficarum* à luz de uma Teoria Simbólica da História”. In: *O martelo das feiticeiras*. KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. Tradução de Paulo Fróes. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.
- CAETANO, Marcello. *História do direito português*. Tomo I (1140-1495). Lisboa-São Paulo: Verbo, s.d..
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma Análise da Política Criminal Aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “Prefácio”. In: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª Ed.. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi del Diritto Criminale*. 2ª edizione napoletana sull’ultima Malta. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854.
- CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O Anti-Semitismo na Era Vargas*. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. “Cenerentola”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Num. 3-4 – P. I. Padova: CEDAM, 1946.
- CARNELUTTI, Francesco. “Mettere il Publico Ministero al suo Posto”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Num. 4. Volume VIII – Parte I. Padova: CEDAM, 1953.
- CARNELUTTI, Francesco. “Verità, Dubbio, Certezza”. In: *Revista di Diritto Processuale*. Volume XX (II Serie). Padova: CEDAM, 1965.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994.
- CARNELUTTI, Francesco. *Dialoghi con Francesco*. Roma: Tumminelli, 1947.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Volumes 1 e 2. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.

CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Lucca: Tip. Canovetti, 1863.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. “Perspectivas Principiológicas de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório”. In: *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição* (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). MIRANDA COUTINHO, Jacinto e CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti de Castanho de (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; SILVA, Germano Marques da; PRADO, Geraldo; BRANDÃO, Nuno. *Processo Penal do Brasil e de Portugal – Estudo Comparado: As Reformas Portuguesa e Brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO, Salo de. “Em defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 16, n. 193, dez. 2008.

CARVALHO, Salo de. “Intervenção”. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Salo de. “Substitutos penais na era do grande encarceramento”. In: *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS [recurso eletrônico], 2010.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo* (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de; RUSSOMANO FREIRE, Cristiane. “O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro”. In: *Crítica à Execução Penal*. CARVALHO, Salo de. (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

CATROGA, Fernando. *Caminhos do Fim da História*. Coimbra: Quarteto, 2003.

- CATROGA, Fernando. *Entre Deuses e Césares – secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale – Profilo Istituzionale*. Ristampa con Appendice di Aggiornamento. Torino: Utet, 2006.
- CHRISTIE, Nils. *La Industria Del Control Del Delito ¿La Nueva Forma de Holocausto?* Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
- CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*. Oxford: Martin Robertson, 1982.
- CLAUSEWITZ, Carl von. *Da Guerra*. Tradução Maria Teresa Ramos. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- COHEN, Stanley. *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*. Cambridge: Polity Press, 1991.
- CONSO, Giovanni. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1964.
- CONTRERAS, Jaime. *História de la Inquisición Española (1478-1834): herejías, delitos y representación*. Madrid: Arco/Libros, 1997.
- CORDERO, Franco. “La Riforma Dell’Istruzione Penale”. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Anno VI. Fasc. 3 (Luglio-Settembre). Milano: Giuffrè, 1963.
- CORDERO, Franco. “Strutture d’un Codice”. In: *L’Indice Penale*. Rivista fondata da Pietro Nuvolone. Anno XXIII. Padova: CEDAM, 1989.
- CORDERO, Franco. *Che cos’è la giustizia?* Roma: Luca Sossella, 2007.
- CORDERO, Franco. *Criminalia – Nascita dei sistemi penali*. Roma-Bari: Laterza, 1986.
- CORDERO, Franco. *Gli Osservanti: Fenomenologia delle norme*. Torino: Nino Aragno, 2008.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986.
- CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1966.
- CORDERO, Franco. *La Fabbrica della Peste*. Roma/Bari: Laterza, 1984.
- CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Settima edizione. Milano: Giuffrè, 2003.
- CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz – A Teoria do Concurso em Direito Criminal*. Coimbra: Livraria Atlântida, 1948.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Volume I. Rempressão. Coimbra: Almedina, 2007.

CORSI, Francisco Luiz. *Estado Novo: política externa e projeto nacional*. São Paulo: Unesp, 2000.

DAMAŠKA, Mirjan R. *Edicence Law Adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: Comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELEUZE, Gilles. *Conversações (1972-1990)*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.

DELEUZE, Gilles. *Diferença e Repetição*. Tradução de Luiz Orlandi e Roberto Machado. Prefácio de José Gil. Lisboa: Relógio D'Água, 2000.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Tradução Cláudia Sant'Anna Martins (et. al.). São Paulo: Brasiliense, 2006.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 5. Tradução Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. São Paulo: Ed. 34, 1997.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 3. Tradução Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Suely Rolnik. São Paulo: Ed. 34, 1996.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 1. Tradução Aurélio Guerra Neto e Celia Pinto Costa. São Paulo: Ed. 34, 1995.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia 1*. Tradução de Joana Moraes Varela e Manuel Maria Carrilho. Lisboa: Assírio & Alvim: 2004.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a Filosofia?* Tradução de Margarida Barahona e António Guerreiro. Lisboa: Presença, 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Éditions du Seuil, 2010.

DELUMEAU, Jean. *História do medo no Ocidente (1300-1800): Uma cidade sitiada*. Tradução Maria Lucia Machado. Tradução de notas Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DERRIDA, Jacques. “Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos – Um diálogo com Jacques Derrida”. In: *Filosofia em Tempo de Terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. BORRADORI, Giovanna. Tradução Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DERVIEUX, Valérie. “O Sistema Francês”. In: *Processos Penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo I. Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Clássicos Jurídicos (1ª ed. 1974). Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004.

DOSI, Ettore. *Sul Principio del Libero Convincimento del Giudice nel Processo Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.

DUARTE, Rui Pinto. “Algumas notas acerca do papel da «convicção-crença» nas decisões judiciais”. In: *O Processo da Crença*. GIL, Fernando; LIVET, Pierre e CABRAL, João Pina (coords.). Lisboa: Gradiva, 2004.

DUSSEL, Enrique. *1492: El encubrimiento del Otro: Hacia el origen del mito de la modernidad*. Madrid: Nova Utopía, 1993.

ECO, Umberto. *Sobre os Espelhos e outros ensaios*. Tradução de Helena Domingos e João Furtado. Lisboa: Difel, 1989

ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado: Psicanálise do vínculo social*. Tradução Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France – et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu’à nos jours*. Paris: L. Larose et Forcel, 1882.

EYMERICH, Nicolau. *O Manual dos Inquisidores*. Comentários de Francisco Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 4ª ed.. São Paulo: Globo, 2008.

FARIA, José Eduardo. “O Sistema Brasileiro de Justiça: Experiência Recente e Futuros Desafios”. In: *Estudos Avançados*, v. 18 (51), 2004.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. 3ª ed.. São Paulo: Ática, 2007.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Edusp, 1988.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Ottava Edizione. Padova: CEDAM, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. “La Pena in una Società Democrática”. In: *Questione Giustizia* (3-4). Anno XV. Milano: FrancoAngeli, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*”. In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías – La Ley de Más Débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et.al.. Madrid: Trota, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al.. Madrid: Trota, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. 2. Teoria della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo. “Marxismo y cuestión criminal”. In: *Democracia Autoritaria y Capitalismo Maduro*. FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo. Prólogo y Traducción Perfecto Ibáñez. Barcelona: Ediciones 2001, pp. 118-120.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 1º Volume. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1974.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal – O Criminoso e o Crime*. Tradução do italiano em 1931 por Luiz de Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell, 2003.

FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.

FINK, Bruce. *O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Tradução Maria de Lourdes Sette Câmara. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FOUCAULT, Michel. “Préface”. In: *Leurs Prisons: Autobiographies de prisonniers et d’ex-détenus américains*. JACKSON, Bruce. Traduit de L’Anglais par Maurice Rambaud. Paris: Plon, 1975.

FOUCAULT, Michel. *Dits et Écrits 1954-1988 – IV 1980-1988*. Paris: Gallimard, 1994.

FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Livros do Brasil, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Estratégias, poder-saber*. Coleção Ditos e Escritos IV. FOUCAULT, Michel. Organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I – a vontade de saber*. 10ª ed.. São Paulo: Graal, s/d.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. MACHADO, Roberto (org. e trad.). Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. Curso dado no Collège de France (1978-1979). Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Omnès et Singulatim* [para uma crítica da razão política]. Tradução de Selvino J. Assmann. Desterro: Nephelibata, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Curso no Collège de France (1974-1975). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Valério Marchetti e Antonella Salomoni. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Repensar e Política*. Coleção Ditos e Escritos VI. Organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta. Tradução de Ana Lúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 19ª ed.. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão? Visões do Parlamento Brasileiro sobre a Criminalidade*. Brasília: Líber Livro, 2008.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial – Doutrina e Jurisprudência*. Volume 2 – Parte Processual Penal (arts. 1º a 250). 2ª ed.. São Paulo: RT, 2004.

FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. Tomos I, II y III. Traducción directa del Alemán Luis Lopes-Ballesteros y de Torres. Ordenación y revisión de los textos Jacobo Numhauser Tognola. Prólogo por José Ortega y Gasset. Introducción por Juan Rof Carballo. Buenos Aires: El Ateneo, 2005.

GALEANO, Eduardo. *Las Venas Abiertas de América Latina*. Segunda edición – Tercera reimpresión. Madrid: Siglo XXI, 2005.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. 23ª ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade: na filosofia antiga e na psicanálise*. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

GARLAND, David. “As contradições da ‘sociedade punitiva’: o caso britânico”. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade* (Edição da *Actes de la Recherche en Sciences Sociales: De l’État Social à l’État Penal*) Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

GARLAND, David. *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*. Aldershot: Gower, 1985.

GAROFALO, R. *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*. Seguido de um appendice sobre Os Termos do Problema Penal por L. Careli. Versão Portuguesa com um prefacio original por Julio de Matos. São Paulo: Teixeira & Irmão – Editores, 1893.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada: as ilusões armadas*. Vol. I. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GAUCHET, Marcel. *A Democracia contra ela mesma*. Tradução Sílvia Batista de Paula. São Paulo: Radical Livros, 2009.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A construção do Estado-nação no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2001.

GERNET, Louis. *Anthropologie de la grèce antique*. Paris: François Maspero, 1968.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) Do Processo Penal – Considerações Críticas* (Provas, Ritos Processuais, Júri, Sentenças). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIANFORMAGGIO, Letizia. “Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere”. In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993.

GIL, Fernando. “Modos da Verdade (Entrevista conduzida por Rui Cunha Martins)”. In: *Revista de História das ideias*. Vol. 23. Instituto de História e Teoria das Ideais – Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002.

GIL, Fernando. *A Convicção*. Tradução de Adelino Cardoso e Marta Lança. Porto: Campo das Letras, 2003.

GIL, Fernando. *Acentos*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

GIL, Fernando. *Mediações*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001.

GIL, Fernando. *Mimésis e Negação*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984.

GIL, Fernando. *Modos de Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

GIL, Fernando. *Provas*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986.

GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. Tradução Dr^a. Maria Bragança. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1996.

GIL, José. *O Imperceptível Devir da Imanência: sobre a filosofia da Deleuze*. Lisboa: Relógio D'Água, 2008.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIRARD, René. *A Violência e o Sagrado*. Tradução Martha Conceição Gambrini. São Paulo: UNESP, 1990.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

GLASSNER, Barry. *Cultura do Medo: Por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos*. Tradução de Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4^a ed.. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção: Ricardo W. Neves e Adriana Garcia. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traducción Pietro Castro. Barcelona: EJEA, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal – Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona: Bosch, 1935.

- GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción Filosófica al Derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Séptima Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)*. Madrid: Aguillar, 1958.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso* (la «parcialidad» y la parcialidad). Serie 2ª. Monografías de Derecho Español. Num. 1. Discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal. Contestación del Sr. Gomez Orbaneja. Madrid: Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal, 1950.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *La Teoría Tridimensional del mundo jurídico*. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia – Octubre de 1963. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1963.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “O livre convencimento do juiz no projeto de código de processo penal: primeiras anotações”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 200 – Julho/2009.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. “Princípios Gerais da Prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal”. In: *Revista de Informação Legislativa* (Reforma do Código de Processo Penal). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). Brasília – ano 46 – nº 183 – edição especial, Julho/setembro – 2009.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008”. In: ASSIS MOURA, Maria Teresa Rocha de (coord.). *As Reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: RT, 2008.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. “O Projeto de Lei do Código de Processo Penal: a escolha de um novo horizonte?”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 209 – Abril/2010.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “Sistema acusatorio puro y reforma procesal penal: El ejemplo de Nicaragua”. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords.). *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 10ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1987.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “A Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília. 1(18) – jan./jun. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O conteúdo da garantia do contraditório”. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.

GROSNER, Maria Quezado. *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCrim, 2008.

GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore: 1939.

GUARNERI, Jose. *Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal* (Ensayo sobre alguns conceptos de la parte general de Derecho Penal). Traducción del Dr. Constancio Bernaldo de Quiros. Puebla: Publicaciones de la Universidad de Puebla, s/d..

GUARNERI, Jose. *Las Partes en el Proceso Penal*. Traducción Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

GUITART, René. *Evidencia y extrañeza – Matemática, psicoanálisis, Descartes y Freud*. Traducción de María del Carmen Rodríguez. Buenos Aires: Amarrortu, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradutora Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HAYEK, Friedrich A.. *Derecho, Legislación y Libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid: Unión Editorial, 2006.

HEIDEGGER, Martin. “Construir, habitar, pensar”. In: *Conferencias y artículos*. Traducción de Eustaquio Barjau. Barcelona: Ediciones del Serbal, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Edição Bilingue. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

HÉLIE, M. Faustin. *Traité de L’Instruction Criminelle, ou Théorie du Code D’Instruction Criminelle*. Première Partie. Histoire et Théorie de La Procédure Criminelle. Paris: Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1845.

HELLYER, Marcus. “Translator’s Introduction”. In: LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis, or, a Book on Witch Trials*. Virginia: University of Virginia Press, 2003.

HERRERA FLORES, Joaquin. *El Proceso Cultural: Materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua Libros, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquin. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Os Direitos Humanos como produtos culturais*. Tradução Luciana Caplan *et. al.*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HINKELAMMERT, Franz J. “La Inversión de los Derechos Humanos: El Caso de John Locke”. In: *El Vuelo de Anteo: Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

HINKELAMMERT, Franz. *Democracia & Totalitarismo*. Santiago: Amerinda, 1987.

HOBBSAWM, Eric J. *Era das Revoluções (1789-1848)*. Tradução de Marcus Penchel e Maria L. Teixeira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

HOBBSAWM, Eric J., *Naciones y nacionalismo desde 1780*. Barcelona: Crítica, 1991.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Los Límites de la acción del Estado*. Estudio preliminar, traducción y notas de Joaquin Abellan. Madrid: Tecnos, 1988.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. 6ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1984.

ITURRALDE, Manuel A. “La Sociología del Castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías”. In: *Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía*. GARLAND, David. Traducción Manuel A. Iturralde. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

JAKOBSON, Roman. *Lingüística e Comunicação*. 26ª ed.. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2011.

JUY-BIRMANN, Rudolphe. “O Sistema Alemão”. In: *Processos Penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KAFKA, Franz. *Contos, Fábulas e Aforismos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução e Posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KAFKA, Franz. *O veredicto/Na colônia penal*. Tradução e Posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005.

KANT, Imanuel. *Metafísica de los Costumbres*. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1989.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5ª ed.. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Traduzida do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. “A esquerda punitiva”. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996.

KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão*. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, Riscos, Danos e Enganos: as Drogas Tornadas Ilícitas*. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o Desejo da Liberdade e Conter o Poder Punitivo*. Vol. 1. Escritos sobre a Liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KERCHOVE, Michel Van de. “¿Están hechas las leyes penales fueron hechas para ser aplicadas? Reflexiones sobre los fenómenos de disociación entre la validez formal y la efetividad de las normas jurídicas”. In: *Elementos para una teoría crítica del derecho*. OST, François; KERCHOVE, Michel van de. Traducción Pedro Lamas. Bogotá: Universidad Nacional da Colombia, 2001.

KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. Tradução de Paulo Fróes. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

KIRCHHMEIMER, Otto. *Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos*. Traducción R. Quijano R.. Primer edición en español. Mexico: UTEHA, 1968.

KOSELLECK, Reinhardt. *Crítica y crisis: un estudio sobre la patogénesis do mundo burgués*. Traducción de Rafael de la Vega y Jorge Pérez de Tudela. Madrid: Trotta, 2007.

KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Tradução de Paulo Fróes. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

LACAN, Jacques. *Escritos*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LACAN, Jacques. *Nomes-do-Pai*. Tradução André Telles e revisão técnica Vera Lopes Besset. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 11 (os quatro conceitos fundamentais da psicanálise). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Tradução M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 2 (o 'eu' na teoria de Freud e na técnica da psicanálise). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Tradução Marie Christine Laznik Penot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 20 (mais, ainda). 2ª ed.. Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Versão brasileira de M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 3 (as psicoses, 1955-1956). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Versão brasileira de Aluísio Menezes. 2ªed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 5 (as formações do inconsciente). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 7 (a ética da psicanálise). Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller. Tradução de Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista: Hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1987.

LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2003.

LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. Chicago/Londres: University of Chicago Press, 2006.

LANGBEIN, John H.. "The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries". In: *The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development*. HELMHOLZ, R. H. (et al.). Chicago & London: The University of Chicago Press, 1997.

LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis, or, a Book on Witch Trials*. Translated by Marcus Hellyer. Virginia: University of Virginia Press, 2003.

LARRAURI, Elena. "Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo". In: *Revista de Estudios Criminales*. Ano IV – Nº 20. Porto Alegre: Notadez, 2005.

LARRAURI, Elena. "La Economía Política del Castigo". In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 11 – nº 6, 2009.

LARRAURI, Elena. "Populismo Punitivo...y como Resistirlo". In: *Revista de Estudios Criminales*. Ano VII – Nº 25. Porto Alegre: Notadez, 2007.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de La Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991.

LE GOFF, Jacques. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Volume I e II. 2ª ed.. Lisboa: Estampa, 1995.

LE GOFF, Jacques. *Reflexões sobre a História*: entrevista de Francesco Maiello. Tradução de António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1999.

LEA, H. C.. *The Inquisition of the Middle Ages: Its Organization and Operation*. New York: Harper Torchbooks, 1969.

LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática*: Os limites da dominação totalitária. Coleção Invenções Democráticas (Volume III). 3ª edição revista, atualizada; inclui textos inéditos. Tradução Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. Apresentação Marilena Chauí. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor*: Ensayo sobre el orden dogmático. Barcelona: Anagrama, 1979.

LEGENDRE, Pierre. *El Crimen del Cabo Lortie*: Tratado sobre el Padre. (Lecciones VIII). Traducción de Federico Alvarez. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

LEGENDRE, Pierre. *El Inestimable Objeto de la Transmisión*: Estudio sobre el principio genealógico en Occidente. (Lecciones IV). Traducción Isabel Vericat Núñez. Madrid: Siglo Veintiuno, 1996.

LEGENDRE, Pierre. *L'Empire de la Verité*: Introduction aux espaces dogmatiques industriels. (Leçons II). Paris: Fayard, 1983.

LEGENDRE, Pierre. *La 901 Conclusion*: Étude sur le théâtre de la Raison. (Leçons 1). Paris: Fayard, 1998.

LEGENDRE, Pierre. *La Pénétration du Droit Romain dans le Droit Canonique Classique*. Paris: Jouve, 1964.

LEGENDRE, Pierre. *Le Désir Politique de Dieu*: Étude sur le montages de L'État et du Droit. (Leçons VII). Paris, Fayard, 1988.

LEGENDRE, Pierre. *Les Enfants du Texte*: Étude sur la fonction parentale des États. (Leçons VI). Paris: Fayard, 1992.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. Seconda Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1951.

LEONE, Giovanni. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Tredicesima Edizione. Napoli: Jovene Editore, 1988.

LEVACK, Brian P.. *A Caça às Bruxas*. Tradução de Ivo Korytowski. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*. Tradução de Chaim Samuel Katz e Egnaldo Pires. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural Dois*. Tradução de Maria do Carmo Pandolfo. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

LÉVI-STRAUSS. *O Pensamento Selvagem*. 7ª ed.. Tradução Tânia Pellegrini. Campinas: Papirus, 1989.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tulio. “Fondamento del Principio Dispositivo”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Num. 4. Padova: Cedam, 1960.

LIRA, Roberto. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

LISZT, Franz Von, *La Idea del Fin en el Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinqüente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES JR., Aury. “Bom Para Que(m)?”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 16 – nº 188 (Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal) – Julho/2008.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ªed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOSANO, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”*. Tradução Wanda Nogueira Caldeira Brant. Tradução das teses Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Antropos, 1996.

LYOTARD, Jean-François. *O Inumano: considerações sobre o tempo*. Lisboa: Estampa, 1989.

LYOTARD, Jean-François. *The Differend – Phrases in Dispute*. Translated by Georges Van Den Abbeele. Manchester: Manchester University Press, 1988.

MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coords.). “SISPENAS: Sistema de Consulta de Crimes, Penas e Alternativas à Prisão”. In: *Revista Jurídica*, Vol. 10, n. 90, Edição Especial (abril/maio), 2008.

MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp.. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALAN, Diogo. “Sobre a Condenação sem Julgamento Prevista no PLS 156/09”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 17 – nº 207 – Fevereiro/2010.

MALEBRANCHE. *The Search after Truth*. Edited by Thomas M. Lennon and Paul J. Olscamp. Cambridge Texts in the History of Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

MANDROU, Robert. *Magistrados e Feiticeiros na França do Século XVII: Uma Análise de Psicologia Histórica*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

MANZINI, Vincenzo. “Relazione Ministeriale sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale”. In: *Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedure Penale*. Vol. VIII. Roma: 1929.

MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. Secondo Il Nuovo Codice di procedura Penale. Sesta Edizione. Padova: CEDAM, 1934.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931.

MARAT, Jean-Paul. *Les chaînes de l'Esclavage: Ouvrage destiné à développer les noir attentants des princes contre les peuples; les ressorts secrets, les ruses, les menées, les artifices, les coups d'État qu'ils emploient pour détruire la liberté, et les scènes sanglantes qui accompagnant le despotisme*. Présentation de Michel Vovelle. Paris: Complexe, 1988.

MARAT, Jean-Paul. *Principios de la legislación penal*. Obra Publicada en Paris en 1790. Versión Castellana con la reproducción por el fotograbado del retrato del autor, y una introducción con notas antropológicas y exposición de algunos tratados especialmente de los delitos contra las costumbres y de la prostitución por A. E. L. Abogado del Ilustre Colegio de esta Corte. Madrid: Librería de Gabriel Sánchez, Calle de Carretas, num. 21, 1891.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise”. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

- MARQUES, António. *A Filosofia Perspectivista de Nietzsche*. São Paulo: Discurso Editorial; Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I. São Paulo: Forense, 1961.
- MARTINHO, José. “Posfácio A «Intersecção Direito – Psicanálise»”. In: *Direito e Psicanálise: Intersecções e Interloquções a Partir de “O Caçador de Pipas” de Khaled Hosseini*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARTINS, Rui Cunha. *El Método de la Frontera: radiografía histórica de un dispositivo contemporáneo (matrizes ibéricas y americanas)*. Traducción de Manuel del Pino. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007.
- MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MARTON, Scarlett. *Extravagâncias: Ensaios sobre a filosofia de Nietzsche*. São Paulo: Discurso; Ijuí: UNIJUÍ, 2001
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Judiciário Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)*. STF: Brasília, 2007.
- MELMAN, Charles. *Como alguém se torna paranóico? De Schreber a nossos dias*. Tradução Telma Queiroz. Porto Alegre: CMC, 2008.
- MELMAN, Charles. *Retorno a Schreber: Seminário 1994-95 – Hospital Henri Rousselle*. Tradução de Conceição Beltrão Fleig. Porto Alegre: CMC, 2006.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2006.
- MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004.
- MILL, John Stuart. *El Utilitarismo*. 3ª ed.. Buenos Aires: Aguilar, 1962.
- MILLER, Jacques-Alain. *Lacan Elucidado: palestras no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Anotações Pontuais sobre a Reforma Global do CPP”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências*

Criminais. São Paulo: Ano 18 (Edição Especial – Projeto de Novo Código de Processo Penal) – Agosto/2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: segue o princípio inquisitivo”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 16 – nº 188 (Edição Especial Reforma do Código de Processo Penal) – Julho/2008.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais” In *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. WUNDERLICH, Alexandre. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Glosas ao *Verdade, Dúvida e Certeza* de Francesco Carnelutti, para operadores do Direito”. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano IV – Nº 14. Porto Alegre: Notadez, 2004.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro”. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano I – Nº 01. Porto Alegre: !TEC/Notadez, 2001.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal”. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “*Legibus Solutio*: A Sensação dos que são Contra a Reforma Global do CPP”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 18 – nº 210 – Maio/2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Lei 12.403/2011: Mais uma Tentativa de Salvar o Sistema Inquisitório Brasileiro”. *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 19 – nº 223 – Junho/2011.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado”. In: *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição* (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). MIRANDA COUTINHO, Jacinto e CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti de Castanho de (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado”. In: *Revista de Informação Legislativa* (Reforma do Código de Processo Penal). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). Brasília – ano 46 – nº 183 – edição especial, Julho/setembro – 2009.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOCCIA, Sergio. *La Perene Emergenza: Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Seconda edizione riveduta ed ampliata. Prefazione di Alessandro Baratta. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan; GOMEZ COLOMER, Juan Luiz; MONTÓN REDONDO, Alberto & VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional III – Proceso Penal*. 14ª ed.. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. A Compendium of the First Edition – Edited with an Introduction by David Wallace Carrithers. Los Angeles/London: University of California Press, 1977.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. “Quando se Fala de Juiz no Novo CPP de que Juiz se Fala?”. In: *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição* (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). MIRANDA COUTINHO, Jacinto e CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti de Castanho de (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

MOURA, Maria Teresa Rocha de Assis (coord.). *As Reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: RT, 2008.

NAUDÉ, Gabriel. *Considerations Politiques sur les Coups d’Etat*. Suivant la Copie de Rome: 1723.

NELKEN, David. “Le giustificazioni della pena ed i diritti dell’imputato”. In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993.

NEVES, António Castanheira. “Excurso – Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade”. In: *O Actual Problema Metodológico Da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NEVES, António Castanheira. *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 1º. Coimbra: Coimbra, 1995.

NEVES, António Castanheira. *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Volume 2º. Coimbra: Coimbra, 1995.

NEVES, António Castanheira. *Questões-de-facto–Questões-de-direito*. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*. Studia Iuridica. Coimbra: Coimbra, 1993.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral – Uma polémica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NOVINSKY, Anita. “A Inquisição: uma revisão histórica”. In: *Inquisição: ensaios sobre mentalidade, heresia e arte*. NOVINSKY, Anita; TUCCI CARNEIRO, M. Luiza (orgs.). Trabalhos apresentados no I Congresso Internacional Inquisição/Universidade de São Paulo, Maio 1987. São Paulo: EDUSP, 1992.

NOVINSKY, Anita. *Inquisição - Rol dos Culpados: Fontes para a História do Brasil/séc. XVIII*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1992.

NOVINSKY, Anita. *Inquisição: prisioneiros do Brasil/séculos XVI-XIX*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 2002.

NOVINSKY, Anita. *A Inquisição*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

O'MALLEY, Pat. *Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal*. Traducción de Augusto Montero. Colección Criminologías – V – . Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 14ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua Criminologia*. Tradução Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2004.

PACKER, Herbert L. *Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*. Napoli: Stamperia Raimondiana, 1787.

PAGANO, Mario. *Principj del Codice Penale e Logica de' Probabili – Per service di Teoria alle Pruove nei Giudizj Criminali*. Napoli: Da'Torchi di Raffaello di Napoli, 1828.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

PASUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução, apresentação, índice e notas por Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Traducción de Ignacio Muñagorri. Madrid: Siglo Veintiuno, 1983.

PERCHINUNNO, Vincenzo (a cura di). *Percorsi di Procedura Penale: Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*. Milano: Giuffrè, 1996.

PEREIRA, Anthony W.. *Ditadura e Repressão: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Tradução Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PERRODET, Antoinette. “O Sistema Italiano”. In: *Processos Penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PESQUIÉ, Brigitte. “O Sistema Belga”. In: *Processos Penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PHILIPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Del Rey, 2001.

PICCINI, Amina Maggi. “Visão Psicanalítica do Imaginário dos Inquisidores e das Bruxas (*Malleus Maleficarum*)”. In: *Inquisição: ensaios sobre mentalidade, heresia e arte*. NOVINSKY, Anita; TUCCI CARNEIRO, M. Luiza (orgs.). Trabalhos apresentados no I Congresso Internacional Inquisição/Universidade de São Paulo, Maio 1987. São Paulo: EDUSP, 1992.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. 2ª ed.. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PIRES, Alvaro Penna. “La ligne Maginot en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince”. In: *Revue de droit pénal et de criminologie* a.81 n.2., Bruxelles, févr. 2001.

POSNER, Richard A. *Not A Suicide Pact. The Constitution in a time of National Emergency*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

POSTER, Mark. “Databases as Discourses, or, Eletronic Interpellations”. In: *Computers, Surveillance and Privacy*. LYON, D.; ZUREIK, E. (comps.). Mineapolis: University of Minnesota Press, 1996.

PRADO, Geraldo. “Sobre o Projeto de Código de Processo Penal”. In: *Revista de Informação Legislativa* (Reforma do Código de Processo Penal). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). Brasília – ano 46 – n° 183 – edição especial, Julho/setembro – 2009.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PUFENDORF. *Of The Law of Nature and Nations*. Eight Books – Written in Latin by the Baron Pufendorf, Counsellor of State to his late Swedish Majesty, and to the late King of Prussia. Done into English by Basil Kennett, D. D. late President of Corpus Christi College in Oxford. The Fourth Edition, carefully Corrected. London: Printed for Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, and T. Osborne, 1779.

QUINET, Antonio. *Na Mira do Outro: a paranóia e seus fenômenos*. Rio de Janeiro: Rio Ambiciosos, 2002.

RANCIÈRE, Jacques. *El odio a la democracia*. Traducción de Irene Agoff. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

RE, Lucia. “Panóptico y ‘Disciplina’: ¿Pueden Servir Todavía?”. In: *Cárcel y Sociedad Liberal*. SANTORO, Emilio. Traducción de Pablo Eiroa. Bogotá: Temis, 2008.

RIBEIRO, Darcy. *O Processo Civilizatório – Etapas da Evolução Sociocultural*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

RIBEIRO, José Augusto. *A Era Vargas*. Vol. I (1882-1950). Rio de Janeiro: Casa Jorge, 2001.

RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (coord.). *Ideias de Europa: que fronteiras?* Coimbra: Quarteto, 2004.

RIBEIRO, Maria Manuela Tavares. *A Ideia de Europa: Uma perspectiva histórica*. Coimbra: Quarteto, 2003.

ROCCO, Alfredo. “Prefazione”. In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931.

ROCCO, Arturo. *Cinco Estudios sobre Derecho Penal*. ROCCO, Arturo. Traducción de Bernardo Nespral *et.al.*. Montevideo-Buenos Aires: B de f-Euros, 2003.

ROCCO, Arturo. *El Problema y El Método de la Ciencia del Derecho Penal*. Versión de Rodrigo Naranjo Vallejo. Segunda reimpression de la tercera edición. Bogotá: Temis, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Pena Privativa de Liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra, 1995.

RODRIGUES, Leôncio Martins. *Partidos, Ideologia e Composição Social: Um Estudo das Bancadas Partidárias na Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

ROMAGNOSI, G. D. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia con aggiunte e riforme al medesimo G. D. Romagnosi*. Terza Edizione – accresciuta dall'autore di vari articoli sulla giurisprudenza positiva penale. Prato Nella Tipografia Guasti, 1836.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*. Traducción de Carmelo González Cortina y de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1956.

ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A parte obscura de nós mesmos: Uma história dos perversos*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

ROUDINESCO, Elisabeth. *Lacan: Esbozo de una vida, historia de un sistema de pensamiento*. Traducción de Tomás Segovia. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed.. Tradução, revisão técnica e nota introdutória Gizlene Neder. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2004.

SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione: Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SADEK, Maria Tereza (coord.). *Pesquisa AMB 2006: a palavra está com você – Resultados*. Brasília: AMB, 2006.

SAFATLE, Vladimir. *A Paixão do Negativo: Lacan e a Dialética*. São Paulo: UNESP, 2006.

SAFATLE, Vladimir. *Lacan*. São Paulo: Publifolha, 2007.

SALAS, Denis. “O Papel do Juiz”. In: *Processos Penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SALAS, Denis. *Du procès pénal: éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

SALAS, Denis. *La Volonté de Punir: Essai sur le populisme pénal*. Paris: Arthème Fayard/Pluriel, 2010.

SANTNER, Eric. L. *A Alemanha de Schreber: uma história secreta da modernidade*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

SANTORO, Emilio. *Cárcel y Sociedad Liberal*. Traducción de Pablo Eiroa. Bogotá: Temis, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza (dir.). *A Justiça Penal: uma Reforma em Avaliação*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais (CES), 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Coimbra: Oficina do CES, nº 65, novembro de 1995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: a Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHEERER, Sebastian. “Hacia el abolicionismo”. In: *Abolicionismo*. SCHEERER, Sebastian (et. al.). Buenos Aires: Ediar, 1989.

SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal: comentario doctrinario de la ordenanza procesal y de la ley organica de los tribunales*. Version castellana del Dr. Jose Manuel Nuñez. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

SCHMITT, Carl. *Concepto de lo político*. Traducido por Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cía., 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2001.

SCHREBER, Daniel-Paul. *Memórias de um doente dos nervos*. Tradução e introdução de Marilene Carone. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos*. Coleção Escritos em Psicanálise e Direito. Vol. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Hélio. *Vargas – Uma biografia política*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2004.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). *Revista de Informação Legislativa* (Reforma do Código de Processo Penal). Brasília – ano 46 – nº 183 – edição especial, Julho/setembro – 2009.

SIMANKE, Richard. *Metapsicologia Lacaniana: os Anos de Formação*. São Paulo: Discurso, 2002.

SIMMEL, Georg. *La Tragédie de la culture et autres essais*. Traduit de l'allemand par Sabine Cornille et Philippe Ivernel. Précédé d'un essai de Vladimir Jankélévitch, Paris: Rivages, 1988.

SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Sérgio Renato de; ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. “Entre advogados e policiais: opiniões dos operadores da justiça paulista sobre política criminal”. In: *Anais do XIV Congresso Brasileiro de Sociologia*. Grupo de Trabalho: Violência e Sociedade. Rio de Janeiro: 28 a 31 de julho de 2009.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil – De Getúlio a Castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Adorno & Kafka: paradoxos do singular*. Passo Fundo: IFIBE, 2010.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Sobre a construção do sentido – o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

SOZZO, Máximo (coord.). *Reconstruyendo las criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SPENCER, J. R. “O Sistema Inglês”. In: *Processos Penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Tradução Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STAECHELIN, Gregor. “¿Es Compatible la «Prohibición de Infraprotección» con una Concepción Liberal del Derecho Penal?”. In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada: Colmares, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. “Novo Código de Processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)”. In: *Revista de Informação Legislativa* (Reforma do Código de Processo Penal). SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins (org.). Brasília – ano 46 – nº 183 – edição especial, Julho/setembro – 2009.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock. *La Nueva Criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Traducción Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu, 1977.

THOMPSON, Augusto. *Quem São os Criminosos?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais: tempo, dromologia e garantismo*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais. Porto Alegre, 2001.

TIEDEMANN, Klaus. “El Futuro del Proceso Penal Europeo”. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords.). *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo II. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. 6ª ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: RT, 2003.

TÜRCKE, Christoph. *Sociedade Excitada: filosofia da sensação*. Tradutores: Antonio A. S. Zuin [et al.]. Campinas: Unicamp, 2010.

TWINING, Willian. “The Rationalist Tradition” In: *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Illinois: Northwestern University Press, 1990.

UBERTIS, Giulio. *Il processo penale*. Bologna: il Mulino, 2008.

UBERTIS, Giulio. *Sistema di Procedura Penale I – Principi generali*. Seconda edizione. Torino: Utet, 2007.

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*. Cordoba: Imprenta de la Universidad Cordoba, 1956.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal II*. Cordoba: Imprenta de la Universidad Córdoba, 1956.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a Tortura*. Prefácio de Dalmo Abreu Dallari. Tradução Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*. Lisboa: Don Quixote, 1993.

VIRILIO, Paul. *O Espaço Crítico e as Perspectivas do Tempo Real*. Tradução Paulo Roberto Pires. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

- VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.
- WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade: estudo sobre a marginalidade avançada*. Tradução de João Roberto Martins Filho *et al.* Rio de Janeiro: Revan/FASE, 2001.
- WACQUANT, Loïc. *Parias Urbanos: Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Traducción Horacio Pons. Buenos Aires: Manantial, 2001.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3ª ed., revista e ampliada. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Tradução e organização Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.
- WEBER, Max. *A objetividade do conhecimento nas Ciências Sociais e na Política Social*. Lisboa: Lisboa, 1974.
- WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. 14ª ed.. Tradução de Leônidas Hegemberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.
- WEBER, Max. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2003.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad: Esbozo de sociologia comprensiva*. Tomo I. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.
- WHATELY, Richard. *Elements of Retic*. Third Edition. Oxford: Printed by W. Baxter, for John Murray, London; and J. Parker, Oxford, 1830.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da Certeza*. Edição Bilingue. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa. Edições 70, 2000.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico* Investigações Filosóficas*. Tradução e Prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime Organizado”. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “El sistema penal en los países de América Latina”. In: *Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel*. ARAÚJO Jr., João Marcello de (org.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La evolución del saber penal y sus contratiempos”. In: *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. CÓPPOLA, Patricia (comp.). Córdoba: Publicación del INECIP Córdoba, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria”. In: *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminología: Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina* (Primer Informe). Documentos y cuestiones elaborados para el seminario de San José (Costa Rica), 11 al 15 de Julio 1983. Buenos Aires: Depalma, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General I*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ZAVERUCHA, Jorge. “Relações Civil-Militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988”. In: *O que Resta da Ditadura*. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). São Paulo: Boitempo, 2010.

ZAVERUCHA, Jorge. *Collor, Itamar, FHC e os militares*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia (1999-2002)*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ŽIŽEK, Slavoj. *Órganos sin Cuerpo: sobre Deleuze y consecuencias*. Traducción de Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos: 2006.

ŽIŽEK, Slavoj. *Violence: six sideways reflections*. New York: Picador, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. *Visão em Parallaxe*. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

Referências Documentais

AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil. *Nota Técnica nº 03/2010*. Brasília, 19 maio de 2010.

BJS – Bureau of Justice Statistics. *Four measures of serious violent crime*. U.S. Department of Justice, 2009.

BJS – Bureau of Justice Statistics. *Prisoners in 2008*. U.S. Department of Justice, 2009.

BJS – Bureau of Justice Statistics. *Probation and Parole in the United States 2008*. U.S. Department of Justice, 2009.

BRASIL – SENADO – Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro Francisco Campos. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941)*. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 1941.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. “Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo”. Brasília, 28 set. 2010.

COLLAÇO, Rodrigo. “Desenvolvimento: uma Questão de Justiça”. In: *Pesquisa AMB 2006: a palavra está com você – Resultados*. Brasília: AMB, 2006.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Dados Consolidados 2008/2009 – Sistema Penitenciário no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Evolução Histórica das Penas e Medidas Alternativas (PMAS) no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *População Carcerária – Sintético/2010*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *População Carcerária – Sintético/2000*. Brasília: Ministério da Justiça, 2000.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Comissão Temporária, destinada a examinar Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que Reforma o Código de Processo Penal - Ata da 18ª Reunião de 2010*. Brasília: nº 198, publicado em 2 de dezembro de 2010.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 1617*. Brasília: nº 199, publicado em 03 de dezembro de 2010.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 1636 – Redação Final do Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009*. Brasília: nº 202, publicado em 08 de dezembro de 2010.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 2.630*. Brasília: nº 201, publicado em 16 de dezembro de 2009.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer nº 334*. Brasília: nº 48, publicado em 13 de abril de 2010.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Retificação – Emendas nºs 1 a 214 – Plen., de 2010, referente ao Substituto ao Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Brasília: nº 202, publicada em 08 de dezembro de 2010.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. “Editorial”. In: *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 19 – nº 223 – Junho/2011.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Boletim – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Ano 18 (Edição Especial – Projeto de Novo Código de Processo Penal) – Agosto/2010.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; IDDD – Instituto de Defesa ao Direito de Defesa. *Decisões Judiciais nos crimes de roubo em São Paulo – A Lei, O Direito e A Ideologia*. São Paulo: RT/IBCCrim, 2000.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Dados do Censo 2010 publicados no Diário Oficial da União do dia 04/11/2010*. Rio de Janeiro: Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Sinopse Preliminar do Censo Demográfico 2000*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, 2001.

ILANUD/Brasil – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas: Relatório Final de Pesquisa*. São Paulo: ILANUD, 2006.

JORNAL ZERO HORA. “Presos começam a utilizar tornozeleiras eletrônicas ainda nesta sexta-feira”. Porto Alegre, 20 ago. 2010.

KINGS COLLEGE LONDON. *World Prison Brief: Brief for China*. International Centre for Prison Studies: Londres, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (MJ) – SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL) – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PELO DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Projeto BRA/07/004 – Democratização de Informações no Processo de Elaboração Normativa*. Projeto Pensando o Direito. Convocação nº 001/2011 – Seleção de Projetos. Brasília: SAL/MJ, 2011.

PROCESSO ORIGINALE DEGLI UNTORI della peste del M.DC.XXX., Novara: Tipografia Merati e Comp., 1839.

U.S. CENSUS BUREAU. *Monthly Population Estimates for the United States: April 1, 2000 to November 1, 2010*. U. S. Department of Commerce, 2009.