

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**MINISTÉRIO PÚBLICO E ACUSAÇÃO: uma aproximação a partir
da Hermenêutica Constitucional**

DAVI DO ESPÍRITO SANTO

Itajaí, 28 de abril de 2010

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**MINISTÉRIO PÚBLICO E ACUSAÇÃO: uma aproximação a partir
da Hermenêutica Constitucional**

DAVI DO ESPÍRITO SANTO

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Itajaí, 28 de abril de 2010

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao **Ministério Público do Estado de Santa Catarina**, à **Associação Catarinense do Ministério Público** e à **Universidade do Vale do Itajaí – Univali**, Instituições que foram suportes fundamentais à realização deste trabalho.

Sou especialmente grato ao meu Orientador Professor Doutor **Paulo de Tarso Brandão**.

Homem de profundo saber jurídico, de inflexível probidade científica e de contagiante apego aos livros: exemplo que procurei seguir.

Ao Professor Doutor **Cesar Luiz Pasold**, cujas lições foram fundamentais ao entalhe temático apresentado, em especial à definição do Campo Político da Acusação.

Aos Professores do Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, que possibilitaram um campo fértil de debates e estudos; aos meus amigos e alunos e à equipe do Gabinete da 34ª Promotoria de Justiça da Capital, que direta ou indiretamente colaboraram para a realização desta Dissertação, cada qual a seu modo: muito obrigado!

Aos meus filhos **Bárbara Beatriz** e **Otávio Augusto**, meu infinito reconhecimento por terem compreendido as minhas ausências...

A **Mari**, minha paixão, sem a qual todo este trabalho teria sido correr atrás do vento...

DEDICATÓRIA

Para **Mari**,
em quem encontro
refúgio e descanso do vento.

*“Vento é um cavalo:
ouve como ele corre
pelo mar, pelo céu.
Quer me levar: escuta
como ele corre o mundo
para levar-me longe.
Esconde-me em teus braços
por esta noite erma,
enquanto a chuva rompe
contra o mar e a terra
sua boca inumerável.
Escuta como o vento
me chama galopando
para levar-me longe.
Como tua fronte na minha,
tua boca em minha boca,
atados nossos corpos
ao amor que nos queima,
deixa que o vento passe
sem que possa levar-me.
Deixa que o vento corra
coroadado de espuma,
que me chame e me busque
galopando na sombra,
enquanto eu, protegido
sob teus grandes olhos,
por esta noite só
descansarei, meu amor”*

(*Vento na Ilha*, Pablo Neruda).

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

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

Itajaí, 28 de abril de 2010

Davi do Espírito Santo

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal Brasileiro
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CC	Código Civil

SUMÁRIO

RESUMO	IX
ABSTRACT	X
INTRODUÇÃO.....	1
Capítulo 1.....	6
ACUSAÇÃO, PODER PUNITIVO E VERDADE	6
1.1 MINISTÉRIO PÚBLICO E ACUSAÇÃO	6
1.2 DESOCULTAÇÃO DA ACUSAÇÃO	9
1.2.1 ELEMENTOS INICIAIS PARA O “VIR À FALA” DA ACUSAÇÃO.....	13
1.2.2 SISTEMAS SIMBÓLICOS E ACUSAÇÃO	24
1.3 EPISTEMOLOGIA DO CAMPO JURÍDICO-PENAL E ACUSAÇÃO	30
1.3.1 CRIME, CRIMINOSO, PENA E ACUSAÇÃO.....	31
1.3.2 FORMAS JURÍDICAS E ACUSAÇÃO	35
1.3.3 O INQUÉRITO CONTEMPORÂNEO: O SABER-PODER FUNDADO NA PROGNÓSE	47
Capítulo 2.....	55
O CAMPO POLÍTICO DA ACUSAÇÃO	55
2.1 NOVA ECONOMIA, NOVA INSTITUIÇÃO, NOVA ACUSAÇÃO	55
2.1.1 DOIS MARCOS HISTÓRICOS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO	56
2.1.2 SOBRE O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO	66
2.1.3 UMA PROPOSTA DE CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO.....	71
2.1.4 O BRASIL COMO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO	75
2.2 MINISTÉRIO PÚBLICO: A (NOVA) INSTITUIÇÃO INCUMBIDA DA ACUSAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	77
2.2.1 UMA DEFINIÇÃO DESCRITIVA DE MINISTÉRIO PÚBLICO	78
2.2.2 UMA DEFINIÇÃO PRESCRITIVA DE MINISTÉRIO PÚBLICO.....	81
2.3 MINISTÉRIO PÚBLICO E(M) CRISE	89
Capítulo 3.....	94
A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO ESTRATÉGIA AO ESTABELECIMENTO DE UMA RAZÃO ACUSATÓRIA EMANCIPATÓRIA.....	94
3.1 O “SINAL DE CAIM”: A TRAGÉDIA DA ACUSAÇÃO.....	94
3.2 A FUNÇÃO ESSENCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PÓS 1988 NO CAMPO PENAL	98
3.3 VERDADE ACUSATÓRIA E INTERPRETAÇÃO.....	102
3.3.1 O PARADIGMA METAFÍSICO-REPRESENTACIONAL DA ACUSAÇÃO	103
3.3.2 ACUSAÇÃO E O EMPREGO DO MÉTODO DOGMÁTICO	109
3.4 VERDADE ACUSATÓRIA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	118

3.5 PROIBIDADE ACUSATÓRIA E INTERPRETAÇÃO.....	124
3.6 DA RAZÃO ACUSATÓRIA INDOLENTE À RAZÃO ACUSATÓRIA EMANCIPATÓRIA.....	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	139

RESUMO

Esta Dissertação tem por objeto de estudo a Acusação criminal, cuja formulação foi consignada de forma destacada entre as atribuições institucionais do Ministério Público outorgadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No Relatório de Pesquisa abre-se uma conversação hermenêutica sobre a Acusação, delineando-se alguns conceitos essenciais à sua pré-compreensão. Também são destacadas as relações existentes entre a Acusação e os sistemas simbólicos: as percepções ou imagens sociais do Poder Punitivo que a estruturam e concomitantemente são por ela estruturadas. Perquire-se, ainda, sobre o modo como a Acusação se forma, analisando-se o entrelaçamento entre os hábitos de produção de consensos criminológicos e as formas jurídicas de reconhecimento de verdades. Num exame crítico, aborda-se o paradigma de Acusação dominante e as suas conseqüências na práxis acusatória do Ministério Público brasileiro. Como resultado da reflexão, prescreve-se um modelo de Acusação não-autoritária, que seja capaz de estabelecer-se com base no discernimento e reconhecimento da Verdade Acusatória pelo caminho da Hermenêutica Constitucional (razão acusatória emancipatória). Quanto à metodologia, utilizou-se na Investigação, o Método Indutivo; no Tratamento de Dados, o Método Cartesiano e, no Relatório dos Resultados, a base lógica é a Indutiva, com o apoio das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica. O tema proposto se enquadrou na linha de pesquisa “Hermenêutica e Principiologia Constitucional”, tendo como área de concentração “Fundamentos do Direito Positivo”.

Palavras-chave: Acusação; Constituição; Hermenêutica Constitucional; Ministério Público; Poder Punitivo; Razão Acusatória Emancipatória; Sistema Penal; Verdade Acusatória.

ABSTRACT

The object of study of this Dissertation is the Criminal Accusation, the formulation of which was markedly consigned to the institutional attributions of the Public Prosecution Service, granted by the 1988 Constitution of the Federal Republic of Brazil. The report opens up a hermeneutic conversation on the subject, outlining some essential concepts about its preliminary understanding. It also highlights the relationships between Accusation and the symbolic systems: the perceptions or social images of the Punitive Power that structure the Accusation and, at the same time, are structured by it. It formulates questions on the way in which the Accusation is formed; and the interconnections between habits of production of criminological consensus and the legal forms of recognition of truths. In a critical examination, it addresses the dominant paradigm of Accusation and its consequences in the accusatory praxis of the Brazilian Public Prosecution Service. As a result of this reflection, a model of non-authoritarian Accusation is proposed that is capable of establishing itself in a new basis for discernment and recognition of the accusatory truth by Constitutional Hermeneutics (emancipatory accusatory reason). In terms of methodology, this Investigation uses the Inductive Method; for the Data treatment it uses the Cartesian Method, and in the Report of the Results, the logical basis used is the inductive one, supported by the Techniques of Referent, Category, Operating Concept and Bibliographic Research. The proposed theme comes under the line of research "Hermeneutics and Constitutional Principiology" and its area of concentration is "Bases of Positive Law".

Key-words: Accusation; Constitution; Constitutional Hermeneutics, Public Prosecution Service, Emancipatory Accusatory Reason; Penal System; Accusatory Truth.

INTRODUÇÃO

O título que foi escolhido para este Relatório de Pesquisa – “Ministério Público e Acusação: uma aproximação a partir da Hermenêutica Constitucional” – tem a ver com os questionamentos acumulados em quase vinte anos de atuação como “profissional da acusação” e em praticamente doze de magistério das disciplinas Direito Penal Parte Geral e Parte Especial no Curso Preparatório para Ingresso na Carreira do Ministério Público da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento do Ministério Público de Santa Catarina. São questões que provêm de experiências e observações de realidades aparentemente distintas: o mundo forense, da aplicação da lei penal (dos processos e inquéritos, dos julgamentos pelo júri, das condenações e absolvições) e o mundo dos “concurseiros” (das aulas, dos livros, das apostilas, dos exemplos). No primeiro parece predominar o prático sobre o teórico e, no segundo, o inverso. Todavia, a pertença aos dois universos demonstrou que a fronteira entre ambos não é tão definida.

De um lado, na sala de aula de um curso preparatório, por necessidade imposta pelo padrão marcadamente dogmático dos processos seletivos de acesso às carreiras jurídicas, são “homologados” entre professor e alunos os significantes e os significados que permanecerão como “verdades” no imaginário dos futuros promotores de justiça; de outro, no fórum criminal corre-se o risco de assumir como verdades absolutas as doxas propagadas tanto na faculdade de direito quanto nos cursos preparatórios. Existe nos dois ambientes uma *constelação de compromissos* que é expressa mediante o compartilhamento da mesma “*matriz disciplinar*” pelos participantes de um grupo de especialistas.¹ Esta posse comum de conceitos (“generalizações simbólicas”) e de exemplos pelos membros de uma comunidade de profissionais e bacharéis em direito tem o potencial de determinar o que pode e o que não pode ser aceito no campo penal.

¹ Sobre os paradigmas como a “constelação dos compromissos de grupo” vide: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 228.

Assim, como o Sistema Penal se “alimenta” desta matriz e, ao mesmo tempo, “retroalimenta” os saberes penais, cria-se um círculo nada virtuoso, propagador de certo modo de ver, de pensar e de (re)legitimar o direito penal e, conseqüentemente, a Acusação². Daí provém a seguinte interrogação: haverá algo que emancipe a Acusação desta razão viciosa?

Os três capítulos do Relatório obedecem a certa ordem de abordagem de vários aspectos desta questão, correspondentes aos momentos reflexivos da pesquisa realizada. O primeiro momento foi de caracterização da Acusação e de descoberta das implicações dos hábitos de conhecimento que a condicionam; o segundo, de desencobrimento de seu projeto político; e o terceiro, de abertura à sua reinvenção hermenêutica. Procurou-se, por meio da Dissertação, um encontro com o tema mediante definições sucessivas, descendo a camadas mais profundas a cada passo.

O seu objetivo institucional é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico geral é a realização de um exame crítico do modelo de Acusação acolhido na prática pelo Ministério Público brasileiro e demonstrar que esta práxis não corresponde ao paradigma traçado para a Instituição na Constituição da República de 1988. De modo específico, pretende-se apontar para uma possível (e necessária) mudança de modelo autoritário de atuação institucional para outro que constitua fator limitador do Poder Punitivo estatal, assegurador dos Direitos Fundamentais, regulado pela filtragem constitucional da Acusação (*razão acusatória emancipatória*).

Para tanto, encontra-se no Capítulo 1, uma abertura à *conversação hermenêutica* sobre a Acusação, propondo-se uma observação mais profunda sobre a sua relação com o Poder Punitivo. O exercício sugerido é, na sua essência, um pensar hermenêutico. São relacionadas e trabalhadas conceitualmente algumas categorias estratégicas que devem ser pré-

² A categoria “Acusação” tem, neste Relatório de Pesquisa, o sentido de “imputação formal”, ou seja, de apresentação escrita ou oral das infrações de alguém perante um juiz criminal competente. Vide item 1.2.

compreendidas para que se chegue a uma compreensão preliminar de Acusação (Poder, Poder Social, Poder Político, Poder Punitivo e, incidentalmente, outras categorias que lhes sejam inerentes). Discutem-se, em seguida, as relações existentes entre os sistemas simbólicos e a Acusação, pois não é possível dissociá-la das percepções ou imagens sociais do Poder Punitivo. Com efeito, a Acusação é estruturada a partir de estruturas prévias de Poder e é, simultaneamente, estruturante, pois dá fundamento a tais estruturas, estabelecendo bases de conformidade na persecução penal. Depois disso, são analisados os modelos de conhecimento que ditam os sentidos interpretativos do campo jurídico-penal: o paradigma criminológico dominante (que atua como forma de produção de consensos sobre crime, criminoso e pena), e também o Inquérito (técnica judiciária de estabelecimento e reconhecimento de verdades). Por fim, perquire-se sobre o modo como a Acusação se forma pelo entrelaçamento destes modos de saber, na conjuntura jurídico-penal brasileira, pela união do Inquérito com a *ideologia da defesa social*.

A análise empreendida no primeiro Capítulo projeta-se do plano epistemológico para o campo político da Acusação, tendo como foco algumas investigações preliminares a respeito das categorias “Estado Contemporâneo” e “Ministério Público”. Toma-se como ponto inicial do Capítulo 2, essencialmente, a caracterização de Estado Contemporâneo conectando-o com o a proposta temática apresentada neste Relatório. Quanto à Instituição Ministério Público, analisa-se a sua relação direta com os fins do Estado (sua função social), partindo do texto da Constituição da República de 1988, destacando-se os seus elementos conceituais descritivos e prescritivos.

No Capítulo 3 a idéia de provocar um debate aberto sobre a Acusação se acentua, a começar pela retomada do mito da primeira Acusação, o qual, através dos seus questionamentos implícitos, permite que se evidencie a tragédia acusatória. Demarca-se, a partir da percepção do trágico da Acusação, o campo de atuação do Ministério Público pós 1988 em sede penal: a Instituição deve erigir-se em barreira de contenção que possibilite apenas a passagem do Poder Punitivo de menor irracionalidade. No desdobramento deste Capítulo, discute-se sob a rubrica “*paradigma metafísico-representacional da Acusação*”

tradicional” as crenças coletivas e compromissos compartilhados pela comunidade jurídica a elas relativos. No plano teórico, abre-se também um debate sobre a (in)segurança do método dogmático, isoladamente considerado, para o estabelecimento da Verdade Acusatória. Exsurge a necessidade de se buscar um *habitus* alternativo para aquisição de discernimentos e reconhecimento da Verdade Acusatória; aponta-se, em resposta, como caminho possível, o da hermenêutica constitucional. A Verdade Acusatória deve-se formar na conformidade da Constituição, sem a qual não haverá probidade acusatória. Finalmente, propõe-se uma tomada de consciência e uma atitude: a reinvenção da Acusação pelo abandono da razão acusatória indolente e o estabelecimento de estratégias para uma razão acusatória emancipatória.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Acusação, Ministério Público e Sistema Penal no Estado Constitucional Democrático.

Para a presente Dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) supõe-se que a Acusação esteja associada às percepções e imagens sociais do Poder Punitivo e que, como tal, seja estruturada a partir de estruturas prévias de Poder e, simultaneamente, seja estruturante, isto é, sirva de fundamento a tais estruturas, estabelecendo, assim, bases de conformidade na persecução penal;

b) supõe-se que a Acusação se forme pelo entrelaçamento do paradigma criminológico dominante com a técnica judiciária de estabelecimento de verdades no campo jurídico (o Inquérito);

c) supõe-se que, no desenho estrutural do Ministério Público brasileiro, traçado pela Constituição da República de 1988, a instituição tenha sido situada em posição privilegiada em relação às demais Agências do Sistema Penal, com a incumbência de realizar a Acusação constitucional, que tem duplo

aspecto: (1) a promoção privativa da ação penal pública; e (2) a função de contenção do exercício do Poder Punitivo; e

d) supõe-se que uma Acusação não-autoritária possa resultar de um *habitus* alternativo ao paradigma metafísico representacional da Acusação tradicional, qual seja: o da aquisição de discernimentos e reconhecimento da Verdade Acusatória pelo caminho da hermenêutica constitucional.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³ foi utilizado o Método Indutivo⁴, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁵, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁶, da Categoria⁷, do Conceito Operacional⁸ e da Pesquisa Bibliográfica⁹.

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleccioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁵ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁶ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁷ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31. As categorias estratégicas foram destacadas neste Relatório pelo uso da inicial maiúscula.

⁸ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

Capítulo 1

ACUSAÇÃO, PODER PUNITIVO E VERDADE

1.1 MINISTÉRIO PÚBLICO E ACUSAÇÃO

O significante “Ministério Público” empregado no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para designar a “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado” incumbida “da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹⁰ resultou de um importante processo redefinitório, indicativo de opções político-ideológicas ajustadas ao Princípio Republicano¹¹. Sem dúvida, isto foi decorrência do processo de democratização do País, num reconhecimento crescente, em especial na história republicana recente, da necessidade da existência de uma instituição, no âmbito do Estado, capaz não somente de fiscalizar a aplicação da Lei, como também de impulsionar o próprio Estado à consecução de seus fins sociais.

Na Constituição de 1988, o Ministério Público não foi apresentado à Sociedade Civil Brasileira como um novo perfil de uma velha Instituição, mas sim como uma nova Instituição moldada para uma nova economia¹²: o Estado Constitucional Democrático. A nova realidade política, voltada à promoção “dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o

¹⁰ CRFB, art. 127, *caput*.

¹¹ Acerca da categoria *Princípio Republicano*, caracterizada como valor que conforma todo o ordenamento jurídico, pautada na construção do espaço público a partir do Interesse da Maioria, vide: CRUZ, Paulo Marcio; SCHMITZ, Sérgio Antônio. Sobre o Princípio Republicano. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 1, p.43-54, jun. 2008. Semestral. Disponível em: <<http://www.univali.br/nej>>. Acesso em: 12 set. 2009.

¹² Emprega-se aqui a palavra economia no seu sentido etimológico grego (com significado derivado de *οικονόμια* e significante de sua transliteração “oikonomía”), de “organização da casa”, isto é, o estabelecimento de uma “ordem que impera no arranjo das partes de um conjunto” (cf. CUVILLIER, Armand. **Pequeno Vocabulário da Língua Filosófica**. Tradução e adaptação de Lólio Lourenço de Oliveira e J. B. Damasco Pena. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961, p. 46). Os contornos constitucionais desta nova ordem serão esboçados no Capítulo 3 deste Relatório de Pesquisa.

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”¹³, reclamou o remapeamento da organização jurídico-institucional brasileira. Neste contexto de renovação, a Lei Maior não estabeleceu o Ministério Público apenas com a atribuição provocativa da função jurisdicional, nos moldes clássicos, mas, acima de tudo, outorgou-lhe um feixe de funções jurídicas, tanto de âmbito penal quanto extrapenal, reprogramador de seu papel institucional, para o enfrentamento dos desafios da ordem jurídica que se instalava, visando precipuamente a efetividade dos Direitos Fundamentais da Pessoa.

Entre o Ministério Público pós 1988 e as suas instituições primigêneas – as antigas *Procuradorias da Coroa, da Fazenda ou do Rei*, no Reino de Portugal (cuja existência se registra a partir do ano 1289), os *Gens du Roi*, fusão das figuras dos *Advocats du Roi* e do *Procureurs du Roi* (referidos nos documentos jurídicos franceses a partir de 1302), da *Procuradoria dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco*, no Brasil colonial (órgão mencionado no Alvará de 7 de março de 1609 para oficial junto ao Tribunal de Relação da Bahia) – remanesceu, como característica comum, a *incumbência fiscalizatória*. Este traço foi assimilado pela matriz do Ministério Público republicano brasileiro, ao longo de sua história, por *derivação imprópria*, mediante a mudança de sua categoria política, isto é, o que antes representava a *fiscalização ou defesa dos interesses da Coroa ou do Estado* transmutou-se em atividade *fiscalizadora voltada à defesa dos interesses individuais indisponíveis e os da Sociedade*.¹⁴

¹³ CRFB, Preâmbulo.

¹⁴ Tanto as *Procuradorias da Coroa* quanto os *Gens du Roi*, além de não configurarem instituições de defesa da Sociedade (idéia que somente surgirá muito tempo depois, associada ao nome Ministério Público), subsistiram por vários séculos exercendo inúmeras funções de defesa dos interesses reais. A idéia era que defendessem os interesses do rei de forma ampla e, por isso, em sentido lato, mais tarde, foram chamados *ministros públicos*, ao lado dos juízes, dos embaixadores e de todos os que foram incumbidos pelo monarca de alguma missão como representante do Estado. Thomas Hobbes emprega a expressão *ministros públicos* neste sentido, referindo-se aos que trabalhavam para satisfação das expectativas do poder real e absoluto. Vide a alusão feita em: HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Alex Marins. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 179). Sobre as origens do atual Ministério Público vide: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1-5); LYRA, Roberto. **Teoria e Prática da Promotoria Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor em co-edição com Escola do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1989, p. 17-23; SIQUEIRA, Elizabeth Madureira. PAIÃO, Ilza Dias. **Ministério Público do Estado do Mato Grosso: trajetória histórica**. Cuiabá: Entrelinhas, 2009, p.23-25; BRÜNING, Raulino Jacó.

O modelo constitucional de Ministério Público, desenhado em 1988, agrupou entre as funções da Instituição a de “*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”¹⁵, situando-a em posição privilegiada entre as Agências do Sistema Penal. Este destaque se deve, certamente, ao *lugar* elevado reservado à atividade acusatória no conjunto das funções estatais conferidas à Instituição. Há uma acepção nova de Acusação que desborda do sentido comum de “incriminação” de alguém. Tal entendimento se mostra tanto pelo plano de equivalência existente entre as funções institucionais não-penais (CRFB, art. 129, incisos II, III, IV, V, VI, IX) e penais (incisos I, VII e VIII) quanto pelo vínculo de integridade que há entre elas, uma vez que estão todas, com igual força, implícitas na incumbência genérica de “*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (CRFB, art. 127, *caput*). A natureza das funções conferidas ao Ministério Público permite que se conclua que o seu encargo constitucional vai muito além de uma legitimação ativa para propositura de uma ação penal. Faz pensar numa espécie de Acusação protetora, capaz de assegurar o exercício limitado do Poder Punitivo estatal.

Entre o que está descrito e o que ocorre no mundo prático, entretanto, há uma enorme discrepância. O fato de ter sido prescrito na Constituição um novo modelo de Acusação não trouxe (nem poderia trazer isoladamente, sem intensificação da vontade do órgão acusador) todas as mudanças necessárias à constitucionalização da forma de acusar.

É preciso mais do que simplesmente o texto. Deve-se reinventar a Acusação. O desafio atual da Instituição responsável pela Acusação criminal é o de se tornar acusadora responsável pela concretização dos Direitos Humanos no Sistema Penal. Não há para tanto um caminho previamente traçado. Existe, porém, o recurso à orientação reflexiva: o apelo ao pensar sobre a modificação do ambiente, sobre a mudança da configuração do Estado, com a

História do Ministério Público Catarinense. Florianópolis: Habitus, 2002; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro.** 2 ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 09-21.

¹⁵ CRFB, art. 129, inciso I.

esperança de que se aguce a percepção da comunidade jurídica acerca das práticas acusatórias anacrônicas.¹⁶

A reflexão proposta aponta, pois, para a necessidade de se adotar uma postura rebelde, não conformista, de rompimento com a ordem epistemológica vigente e de simultânea amarração da atividade acusatória à meta de construção de uma nova ordem social. A Constituição da República de 1988 situou o Ministério Público no centro deste processo revolucionário ao colocá-lo no coração do paradigma acusatório-constitucional. Mas é preciso, para tanto, antes, que sejam compreendidos os novos aspectos da *Acusação*.

1.2 DESOCULTAÇÃO DA ACUSAÇÃO

O termo “Acusação” é empregado na legislação processual penal brasileira basicamente em dois sentidos: o primeiro para indicar a própria imputação (a apresentação escrita ou oral das infrações, a denúncia) e o segundo para referir-se à parte processual (o autor da ação penal, o órgão que desempenha a atividade de acusação em juízo, em oposição à defesa).¹⁷

¹⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” Direitos e Acesso à Justiça**. 2 ed. revista e ampliada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 30: “Por vezes, devido à falta de perscrutar essas circunstâncias, o operador do Direito torna-se um autômato incapaz de perceber a modificação do ambiente – determinada, por exemplo, pela mudança da configuração do Estado –, o que faz com que ele ou continue a operar com institutos que já não tenham razão para existir ou que já não mais justifiquem a mesma forma de operação, ou, de outro lado, atue de forma a não dar ao instituto a possibilidade de operar com toda a sua potencialidade.”

¹⁷ No Código de Processo Penal Brasileiro a palavra “acusação” aparece 43 vezes; 24 referindo-se à apresentação em juízo, oral ou escrita, da infração imputada ao “acusado” e 19 vezes como alusão à parte processual que desempenha a atividade para demonstrar a procedência da denúncia ou da queixa. Etimologicamente, palavra *acusação* deriva do substantivo latino *accusatio*, cuja raiz *caus-* tem significado de base ligado as idéias de “causa”, “motivo”, “razão”, “propósito”. Em latim, o substantivo *causa* tem este primeiro significado. O vocábulo *accusatio*, assim como a forma verbal *accusare* da qual ele provém, formou-se do acréscimo da partícula *ad-* à raiz *caus-*, prefixo que carrega a idéia de “aproximação” (“em direção de”, “para”, “para perto”), ao contrário de *ab-* que traz a noção de “afastamento”. Na formação palavras *ad-causatiuus* e *ad-causare*, por razões fonéticas, ocorreu a alteração da letra “d” da partícula *ad-* na primeira consoante da raiz *caus-*, de onde resultou a duplicação da consoante “c” (*accusatio*, *accusare*). *Accusatio* é a *ação de acusar*, é o ato *apontar a causa*, *dar a razão de*. Em latim, língua que em que os substantivos se declinam por casos, o *acusativo* (*accusativus*) é o caso que serve para indicar o regime direto dos verbos transitivos. É o caso nominal que se orienta no sentido de *referenciar*, *designar*, o objeto direto destes verbos. Com estes sentidos implícitos a palavra *accusatio* passou a ser empregada na linguagem jurídica romana, no sentido de promover um *processo*, uma *questão*, um *litígio*. Neste sentido: DOCKHORN, Nestor. Curso de língua latina para o direito. In: Curso de Extensão Universitária para os alunos da Faculdade de

Neste Relatório será examinada *somente* a primeira acepção da palavra. Em torno do conceito fundamental de Acusação, no sentido de *imputação*, se agrupam questões decisivas do Sistema Penal ligadas diretamente aos *limites jurídicos do exercício do Poder Punitivo do Estado*. Apesar da aparente clareza de significado existe, contudo, uma área de sombra que se estende sobre a Acusação-imputação, cuja extensão é dada pela amplitude e conformação histórica do Sistema Penal, que ora ofusca ora oculta totalmente estes limites, favorecendo assim as arbitrariedades do Poder Punitivo.

A descoberta destes limites pressupõe a predisposição do intérprete-descobridor à busca, isto é, que haja nele a vontade de *desocultar a Acusação*. *Desocultar* é perquirir e implica, por parte de quem indaga, uma reorientação comportamental e abertura ao novo.¹⁸

Essencialmente, interpretar a “Acusação” é também um exercício de produção de *verdade*, no sentido de *descoberta*, tal como propôs Gadamer, invocando o significado da palavra grega *ἀλήθεια* (transliteração: *alétheia*)¹⁹, como já o fizera, antes dele, Heidegger.²⁰

Interpretar é, no sentido gadameriano, **des**-cobrir instâncias portadoras de verdade, nas questões decisivas da vida, que não sejam as balizadas pelos limites da especialização científica e da investigação metodológica²¹. Para que se fale de *verdade* sobre a Acusação é necessário sair

Direito da FGB, 1., 2004, Volta Redonda. **Apostila**. Volta Redonda: Faculdades Integradas Geraldo Di Biase, 2004, p. 7; KOEHLER, H.. **Pequeno Dicionário Latino Português**. 11. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1952, p. 12 (verbetes: *accusatio*, *accusator*, *accusatórie*, *accusatórius*, *accuso*).

¹⁸ Desocultar é, também, *um observar diferente, voltado à comunicação* como assevera ROCHA, Leonel Severo. *In* Interpretação Jurídica e Racionalidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 1, n. 35, p.16-24, dez. 97. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2009: “Observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação. A problemática da observação do direito deve ser relacionada com a interpretação jurídica. Para se observar diferentemente é preciso ter-se poder. A principal característica do poder é ser um meio de comunicação encarregado da produção, controle e processamento das informações.”

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, p. 59-60.

²⁰ HEIDEGGER, Martin. **Parmênides**. Tradução de Sérgio Mário Wrublevski; revisão de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 35-46.

²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice, p. 59.

do praxismo de gabinete, do tecnicismo dogmático que inviabiliza o aparecimento (desvelamento) da Acusação. *Verdade* é uma *desocultação* que vem, de forma exclusiva, na demonstração discursiva, fazendo com que o desocultado seja “posto à vista”.²² É uma atitude contradiscursiva, portanto; um discurso oposto ao discurso da ocultação, dirigido a uma observação diferente, mais profunda, da relação existente entre Acusação (o ato de acusar, imputar) e o Poder Punitivo. Cuida-se de uma observação *de segundo grau*, que envolve a releitura dos agenciamentos semióticos do Poder Punitivo a partir das suas bases, indagando-se sobre os *discursos históricos e hegemônicos* que *legitimaram e legitimam* o seu exercício.²³

Para se *descobrir* a Acusação é preciso abrir sobre ela uma *conversação hermenêutica* na qual ela possa “*vir à fala*” (permitir que ela apareça no discurso e ganhe sentido). Qualquer conceito somente vem à fala ao ser questionado e ao responder, isto é, quando pode ser reconvertido em linguagem num processo dialógico. Este processo dialógico é denominado por Gadamer de *conversação hermenêutica*, que pressupõe, além da existência de interlocutores dispostos à comunicação, algumas *predisposições* como a posse (ou criação) de uma linguagem que permita a comunicação, a alteridade (abertura para ouvir o outro) e o acordo sobre uma questão estabelecida na própria conversação.²⁴

Esse não é um processo de ajustamento de ferramentas, e muito menos podemos dizer que os companheiros de diálogo se

²² Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice, p. 60, “pôr à vista” é deixar com que o objeto se revele. Em grego clássico **apophaíno**, verbo formado pela união da preposição **apo-** que indica origem ao verbo **phaíno**, que significa “fazer brilhar”, “fazer visível”, “fazer aparecer”, “fazer perceptível”, “fazer conhecer”, “apontar”, “denunciar” etc., tem o sentido, de “dar a conhecer”, “declarar”. Vide: PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. 6. ed. Porto: Livraria do Apostolado da Imprensa, 1984, p. 77 (verbete: **apophaíno**).

²³ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 19: “A semiologia do poder pretende analisar a significação como instrumento de controle social, como estratégia normalizadora e disciplinar dos indivíduos, como fórmula produtora do consenso, como estágio ilusório dos valores de representação, como fetiche regulador da interação social, como poder persuasivo provocador de efeitos de verossimilhança sobre as condições materiais da vida social, com fator legitimador do monopólio da coerção e como fator de unificação do contraditório exercício do poder social.”

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 473-493. Título original: Wahrheit und methode.

adaptam uns aos outros. Antes, à medida que consegue dar-se a conversação não é um mero confronto e imposição do ponto de vista pessoal, mas uma transformação que converte naquilo que é comum, na qual já não se é mais o que se era.²⁵

Em outras palavras, Acusação começará a aparecer (discursivamente) no momento em que se (quiser) quebrar o silêncio a seu respeito. Levando-se em conta que a experiência hermenêutica é universal, pois não se pode excluir nenhum campo do conhecer humano do modo hermenêutico de experimentar²⁶, visto que a linguagem se constitui na característica fundamental do *ser-no-mundo* (a forma de constituição de mundo que tudo abarca)²⁷, então a Acusação que se dá a conhecer é, também, linguagem. Não há como conhecê-la senão questionando-a (e questionando-se) dialogicamente, devendo o intérprete mostrar-se receptivo à sua alteridade, o que não significa neutralidade ou auto-anulação, como explica Gadamer:

Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões pessoais prévias.²⁸

A compreensão de qualquer texto deve se originar num projeto prévio de interpretação, no qual se esboça um sentido do todo. Para tanto o intérprete lê o texto partindo de certas expectativas, com a perspectiva de um

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 493.

²⁶ DUQUE, João. **Da hermenêutica dos limites aos limites da hermenêutica**: para uma leitura crítica de Gadamer. In REIMÃO, Cassiano (Org.). H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação - Colóquio. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 76.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. p 255.

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 358.

sentido final predeterminado. Posteriormente, revisará a sua compreensão, na medida em que penetra no sentido do que está lendo. Evidentemente, aquele que pretende compreender deve estar disposto à exposição a erros de opiniões preliminares, que são aquelas conjecturas que acabam não se confirmando. Todavia, isto não quer dizer que o projeto prévio de compreensão possa ser arbitrário, fundado em opiniões inadequadas ao objeto a ser compreendido. Trata-se de um desenho geral, com antecipações de sentido que mantenham uma conexão mínima com o que se pretende interpretar. Ao mesmo tempo, tais opiniões prévias sujeitam-se a exame e revisão de sua legitimação (origem e validade).²⁹

Por isso, para a abertura de uma conversação hermenêutica sobre a Acusação, se faz necessário o levantamento das *categorias gerais* que podem servir como elementos de antecipação de sentido e, concomitantemente, escapem ao *circuito fechado das opiniões prévias*, permitindo a alteridade, o questionamento, em todo o processo de compreensão.

1.2.1 Elementos iniciais para o “vir à fala” da Acusação

O início de uma *conversação hermenêutica* sobre Acusação, na qual se espera que ela “venha à fala”, presume um levantamento preliminar das categorias doutrinárias e pragmáticas relacionadas ao *Poder Punitivo*. A escolha desta associação conceitual não se dá arbitrariamente e sim em virtude da pré-compreensão que a Acusação se destina ao exercício do *Poder Punitivo*. Em suma, para compreender a Acusação é preciso pré-compreender as relações de poder que determinam a sua existência.

Nessa linha de pensamento, podem ser destacadas e conceituadas as seguintes categorias estratégicas à compreensão da Acusação: *Poder*, *Poder Social*, *Poder Político*, *Poder Punitivo* e, incidentalmente, outras categorias que lhes sejam inerentes.

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 356.

Estes elementos serão arrolados adiante sem que se tenha a pretensão de estabelecer sobre eles conceitos completos e acabados (constituem apenas opiniões prévias de conteúdo). São destacados como traços indicativos necessários à compreensão da Acusação, como acordos lingüísticos preliminares que possibilitarão as discussões ulteriores sobre o tema.

Na língua portuguesa, a palavra *Poder* se formou, etimologicamente, a partir do vocábulo latino *potere* e de outras formas derivadas da raiz *pot-* (como *potes*, *potest*, *potens*) que indica *posse* e, por extensão, *capacidade*.³⁰ Ter Poder é, em certo sentido, ter a posse de algo ou alguém: um “estar no controle”, “no domínio”. A noção elementar de *Poder* indica uma “(...) capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção).”³¹

Poder, no sentido social, é a aptidão de uma pessoa influir, condicionar e determinar o comportamento de outra. Este conceito enfatiza o *Poder do homem sobre o homem*, isto é, como fenômeno social, no seu aspecto relacional, pessoal e limitado, como, por exemplo, o *Poder familiar* (CC, art. 1644) e o que tem um Governo de dar ordens aos cidadãos.³²

Quanto à forma de exercício, o *Poder Social* pode ser *atual*, quando vigora e se realiza no tempo presente, ou *potencial*, quando é suscetível de se realizar, mas sem efeitos reais no presente a não ser os decorrentes da sua

³⁰ Cf. KOEHLER, H.. **Pequeno Dicionário Latino Português**. 11. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1952. p. 233; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.513 (verbetes: poder).

³¹ STOPPINO, Mario. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p 933.

³² STOPPINO, Mario. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. p. 934.

virtualidade. Enquanto o primeiro é uma relação efetiva entre comportamentos³³, o segundo é uma relação possível entre eles.³⁴

O *Poder* que uma pessoa (ou um grupo de pessoas) exerce sobre outra pessoa (ou grupo de pessoas) realiza-se em certo âmbito, denominado *esfera de Poder*. A mesma pessoa (ou o mesmo grupo) pode ser submetida a várias modalidades de Poder Social nos vários momentos de sua existência, nos diversos campos de relacionamento.³⁵

Na Sociedade o *Poder*, seja *atual* ou *potencial*, é sempre exercido, predominantemente, em três modalidades: *Poder coercitivo*, *Poder persuasivo* e *Poder retributivo*. O *Poder coercitivo* é exercido mediante privações ou ameaças de privações de algum direito (vida, integridade corporal, bens materiais etc.), pelo emprego de força. O *Poder persuasivo* não se exerce mediante violência física ou moral e sim pela “força” do convencimento; neste caso a obediência é alcançada porque a pessoa que obedece se convence do

³³ Vide o seguinte exemplo formulado por Mario Stoppino *In* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. p. 934-935: “Quando, no exercício do Poder, a capacidade de determinar o comportamento dos outros é posta em ato, o Poder se transforma, passando da simples possibilidade à ação. Assim, podemos distinguir entre o Poder como simples possibilidade (Poder potencial) e o Poder efetivamente exercido (Poder em ato ou atual). O Poder em ato (atual) é uma relação entre comportamentos. Consiste no comportamento do indivíduo A ou do grupo A que procura modificar o comportamento do indivíduo B ou do grupo B em quem se concretiza a modificação comportamental pretendida por A, abrangendo também o nexo intercorrente entre os dois comportamentos.”

³⁴ Vide o seguinte exemplo formulado por Mario Stoppino *In* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. p. 936-937: “De uma parte, A tem a possibilidade de ter um comportamento cujo objetivo é a modificação do comportamento de B. De outra parte, se esta possibilidade é levada a ato, é provável que B tenha o comportamento em que se concretize a modificação de conduta pretendida por A. Um chefe militar *exerce* Poder sobre seus soldados quando ordena o ataque e seus soldados executam a ordem. E *tem* Poder sobre eles se é provável que os soldados atacariam se o comandante ordenasse. Uma vez que exercer o Poder implica necessariamente ter a possibilidade de exercê-lo, o Poder social, em seu sentido mais amplo, é a capacidade de determinação intencional ou interessada no comportamento dos outros.”

³⁵ Vide o seguinte exemplo formulado por Mario Stoppino *In* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. p. 934: “O Poder do médico diz respeito à saúde; o do professor, à aprendizagem do saber; o empregador influencia o comportamento dos empregados sobretudo na esfera econômica e na atividade profissional; e um superior militar, em tempo de guerra, dá ordens que comportam o uso da violência e a probabilidade de matar ou morrer. No âmbito de uma comunidade política, o Poder de A (que pode ser, por exemplo, um órgão público ou um determinado grupo de pressão) pode dizer respeito à política urbanística; o poder de B, à política exterior em relação a uma certa área geográfica; o poder de C dirá respeito, enfim, à política educacional, e assim por diante. A esfera do Poder pode ser mais ou menos ampla e delimitada mais ou menos claramente.”

acerto ou justeza do comando que lhe foi dirigido. O *Poder retributivo* alcança a obediência de seu comando através de uma relação de troca.³⁶

Estes modos básicos de exercício de *Poder* estão inseridos no cotidiano das relações interpessoais e podem proceder ou da *superioridade pessoal* ou de um *exercício funcional*. No primeiro caso o que sustenta o Poder é a força, a capacidade de influência ou a autoridade informal, ou seja, uma relação *de fato*. No segundo, a base se acha fundado numa *ordem jurídica*, isto é, numa relação de *Poder estabilizado e institucionalizado*.³⁷ Num e noutro caso o Poder tem em vista uma *sujeição* de alguém à vontade de outrem. Toda relação de Poder é uma relação de *dominação*, portanto.

Uma forma de Poder estabilizado e institucionalizado é o Poder Político estatal. *Poder Político*, segundo Melo, “é a faculdade, respaldada por mecanismos de coação, de regulamentar e controlar a conduta social”.³⁸ O *Poder Político* detém o monopólio da coerção na sociedade, com o objetivo de erigir-se em Poder soberano sobre o corpo social.³⁹

Aproximando-se desta visão, já numa perspectiva valorativa, aplicada ao modelo de Estado Contemporâneo, Pasold afirma que *Poder* é uma faculdade respaldada

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. e amp. Curitiba: Juruá, 2002, p.80.

³⁷ Vide o seguinte exemplo de Poder estabilizado formulado por Mario Stoppino *In* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. p. 937: “O Poder diz-se estabilizado quando a uma alta probabilidade de que *B* realize com continuidade os comportamentos desejados por *A*, corresponde uma alta probabilidade de que *A* execute ações contínuas com o fim de exercer Poder sobre *B*. O Poder estabilizado se traduz muitas vezes numa relação de comando e obediência. E pode ser ou não acompanhado de um aparato administrativo com a finalidade de executar as ordens dos detentores do Poder. É o que acontece, respectivamente, nos casos do Poder governamental e do Poder paterno. Além disso, o Poder estabilizado pode fundar-se tanto em características pessoais do detentor de Poder (competência, fascínio, carisma) como na função do detentor do Poder. Quando a relação de Poder estabilizado se articula numa pluralidade de funções claramente definidas e estavelmente coordenadas entre si, fala-se, normalmente, de Poder *institucionalizado*. Um Governo, um partido político, uma administração pública, um exército, como norma, agem na sociedade contemporânea com base numa institucionalização do Poder mais ou menos complexa.”

³⁸ MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de direito político**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 143.

³⁹ CRUZ. Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. p. 80.

(...) em mecanismos reguladores da conduta humana, conciliando capacidade de mando com disposição de adesão e, principalmente, sustentando-se na correspondência de valores entre detentor e 'súditos', comprometido, sempre, com o ideal democrático.⁴⁰

Esta noção valorativa de *Poder Político*, que concilia capacidade de mando com disposição de adesão dos "súditos" do Estado, permite que se visualize a *ratio* da coercitividade penal. É que não se pode conceber a *punição penal* sem esta dimensão valorativa. Isto porque a "*pena*" ou "*sanção*" é uma conduta do *Poder Político* que pretende responder a outra conduta⁴¹, do indivíduo, contra os interesses (valores) reconhecidos pelo detentor do *Poder*.

"Toda sociedade controla mediante gratificações e punições o comportamento de seus membros para conseguir que realizem as condutas socialmente desejadas e evitem as negativamente valoradas"⁴². Estas gratificações e punições são denominadas *técnicas de controle social* e podem se manifestar informalmente ou formalmente.

O *controle social* se realiza através de um conjunto de estratégias de dominação acionado por um grupo social com a finalidade compelir os indivíduos que dele fazem parte à aceitação das normas reconhecidas como importantes ao grupo e para impedir ou desestimular os comportamentos contrários a estas.⁴³ O *controle social* pode operar por *mecanismos internos* (controles psicológicos decorrentes do processo primário de socialização) ou *externos* (mediante as sanções, punições, ações reativas).⁴⁴

⁴⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 76.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

⁴² WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito: I – interpretação da lei – temas para uma reformulação**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994, p. 169.

⁴³ GARELLI, Franco. Verbetes "Controle Social" in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. p. 283.

⁴⁴ GARELLI, Franco. Verbetes "Controle Social" in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. p. 284.

As *técnicas de controle social* subdividem-se em *técnicas formais* e *técnicas informais*. As *informais* são múltiplas, podendo-se arrolar (apenas como exemplos) as gratificações em geral, os estímulos mediante anúncios, o emprego da força física ou intimidações morais, o apelo ao sobrenatural e à religião. As *cominações formais* ocorrem de forma *institucionalizada e jurídica*. Quanto a estas, dependendo do órgão que as imponha e do que pretendam produzir, podem ser religiosas, militares, educacionais, civis, políticas, penais etc.⁴⁵

O *controle penal* estabilizado e institucionalizado, no Estado de direito, somente é considerado legítimo se for exercido mediante cominações formais (previamente definidas em lei). Como *técnica de controle social*, o *controle penal* opera através de *mecanismos internos* e *externos*. De forma declarada as sanções do direito penal prendem-se a estes dois mecanismos, ainda que os doutrinadores penais discutam acerca do papel desempenhado pelo direito penal e as funções da pena⁴⁶.

Evidentemente, os mecanismos são ajustados segundo as funções declaradas do direito penal e da pena. Pode-se perceber em diversos autores esta dupla configuração, com maior ou menor ênfase nos mecanismos internos ou externos.

De modo geral, atuando mediante mecanismos internos (psicológicos ou de direção ético-social) ou externos (as sanções previstas em lei ou aplicadas), o controle penal exerce uma força política concentrada no direcionamento das atividades dos membros do corpo social, estabelecendo uma “dimensão de controle e regulação social, em cujo centro radica a reprodução de estruturas e instituições sociais”⁴⁷

⁴⁵ Sobre Técnicas de Controle Social vide: WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito: I – interpretação da lei – temas para uma reformulação**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994, p. 169-170.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: volume 1 – parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89-101; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 1 – parte geral. 5. ed. rev. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 552-567.

⁴⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 22.

Assumindo-se como base o discurso oficial do Estado, de que a tutela penal tem mira um desestímulo às condutas *violentas dominadoras* ou *anti-sociais* e um estímulo às condutas socialmente aceitáveis ou desejadas⁴⁸, é possível reconhecer dois processos regulatórios relativos ao controle penal: um de *normatização abstrata* e outro de *normatização concreta*. Estes *processos normatizadores* correspondem a *processos desnormatizadores* que o antecedem.

Normatizar é “estabelecer normas, normalizar”⁴⁹. Desnormatizar, por seu turno, neste Relatório, tem o sentido de “quebra da correspondência de valores entre detentor e ‘súditos’”⁵⁰ pelo exercício de um Poder de fato abusivo.

O processo de *normatização penal abstrato*, que ocorre pela edição de lei penal, mediante previsões gerais de condutas e penas, é uma resposta (conduta) do Poder Político e jurídico estatal a outra conduta (ação ou omissão *desnormatizadora*) que constitui em tese um *poder de fato abusivo* e supostamente contrário aos interesses (valores) do Estado e da sociedade. Estabelece-se, por este processo, a *criminalização primária* das condutas desnormatizadoras.

Chama-se *criminalização primária* a programação legislativa prévia, mediante a descrição de condutas e cominação de penas, com a finalidade de permitir a incriminação e punição do autor de uma conduta desnormatizadora. É um ato *formal e programático*. *Formal* porque tem previsão

⁴⁸ Há uma diferença significativa entre o “discurso oficial” sobre as funções da tutela penal e a real operacionalidade do Sistema Penal. Vera Pereira de Andrade aborda detalhadamente estas funções efetivas (“não declaradas”) em: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 235-309 (Capítulo IV – Configuração, operacionalidade e funções do moderno sistema penal).

⁴⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. p. 1.362 (verbetes: normatizar).

⁵⁰ Vide nota de rodapé n. 40.

legal; *programático* porque deve ser cumprido como uma rotina, posteriormente, por Agências que não são as mesmas que formularam a programação.⁵¹

Assim, quando *A* (um indivíduo ou um grupo) exerce abusivamente um *poder* sobre *B* (um indivíduo ou um grupo), cometendo contra ele um fato lesivo ou em tese lesivo, estabelece-se entre ambos uma *situação conflitiva*, que tende a ser resolvida pela força ou segundo os valores do grupo (ou dos grupos sociais envolvidos). Num Estado de direito, fundado no primado da Lei como expressão da vontade geral, para solução das situações conflitivas, as Agências políticas (parlamentos) habilitam programações legais destinadas a impedir o exercício arbitrário de poder, o que pode ocorrer mediante coerção administrativa direta ou coerção reparadora de caráter civil. Entretanto, há situações conflitivas que não se resolvem segundo os parâmetros axiológicos dos conflitantes nem pela programação legislativa de caráter administrativo ou civil. As Agências políticas, por razões diversas (recorrência de conflitos de mesma natureza, repercussão social ou pressão midiática etc.), podem responder com um ato de *redefinição jurídica da situação conflitiva*. Desta forma, o ato redefinitório de natureza penal estabelece-se como uma *programação criminalizante primária* do comportamento havido como abusivo *normatizando* ou *renormatizando* a situação conflitiva.⁵²

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal, p. 43; ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001, p. 60.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal, p. 53. Exemplificando: para regular as situações conflitivas havidas entre casais, apesar do tratamento conferido pela legislação civil brasileira a várias hipóteses (ensejando regras atinentes à separação judicial e de corpos, à dissolução de sociedade de fato, ao divórcio, à guarda de filhos etc.), o legislador criou mecanismos de redefinição de ordem penal através da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), relativos à violência doméstica e familiar. Na referida Lei, claramente redefine-se o *centro da situação conflitiva*, que passa a ser a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral definidas no seu art. 7º, incisos I a V; o *âmbito da situação conflitiva*, ao enunciar os conceitos operacionais legais de *unidade doméstica*, *família* e *relações de afeto*; a *natureza* da violência, reconhecida como *violação de direitos humanos*; e o *gênero* do sujeito passivo (somente mulher). Com efeito, é notório que os conflitos domésticos, são, na realidade, mais abrangentes e trazem implícitas inúmeras possibilidades de soluções. A Lei Maria da Penha, no entanto, padroniza tanto a definição do que seja conflito doméstico (entre todos os conflitos recai sobre aquele que ela predefine como *violência doméstica*) quanto arrola as soluções penais possíveis (basicamente a imposição de pena de prisão, para os delitos que tenham esta previsão) ou vedadas (mediante restrições quanto ao direito de retratação da representação da vítima nos casos de ação penal pública condicionada (art. 16), limitação de certas penas alternativas e vedação de prestação pecuniária (art. 17) e inaplicabilidade de

O processo de *normatização penal concreto* também pretende ser uma resposta a uma conduta desnormatizadora. A diferença reside na forma de resposta estatal. Enquanto a *normatização penal abstrata* resulta de um processo legislativo e está ligada à *criminalização primária*, a *normatização penal concreta* pressupõe a existência de uma lei penal incriminando a conduta desnormatizadora e, portanto, ocorre em função de um processo de *criminalização secundária*⁵³, ou seja, da uma ação seletiva estatal exercida por Agências do Poder Punitivo sobre certas pessoas de forma concreta, legitimada por procedimentos estabelecidos em regras de natureza processual.⁵⁴

transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 41). A redefinição jurídica da situação conflitiva não resolve assim os problemas de violência doméstica no País, mas gera uma sensação de normalidade, tranquilidade ou de esperança no corpo social de que o conflito será (ou tem as condições para ser) solucionado.

⁵³ Esta divisão, em mecanismos sucessivos e integrados de criminalização, permitiu a análise zetética do direito penal, como forma de evidenciar o mito da igualdade penal e desvelar a ideologia penal da defesa social à qual ele serve de fundamento. Conforme Alessandro Baratta (*in* BARATTA, Alessandro **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 161): “O momento crítico atinge a maturação na criminologia quando o enfoque macro-sociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele e, em particular, para o processo de criminalização. O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção das normas (criminalização primária), o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.”

⁵⁴ Num segundo momento, a redefinição sucede concretamente, numa situação conflitiva específica, que se resolverá segundo a normatividade estatal, mediante a atuação incidental das autoridades públicas (polícia, promotores, juízes etc.). Quanto ao tema “violência doméstica” para o qual se apresentou exemplo na nota de rodapé n. 53, relacionado à *normatização penal abstrata*, uma vez publicada a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), torna-se possível a partir deste diploma legal a *normatização concreta dos conflitos*. Destarte, uma vez constatado um caso que possa ser enquadrado como de violência doméstica, dá-se a ele uma descrição e uma qualificação jurídica (capitulação), para a qual já se sabe, de antemão, que a solução será a imposição de uma pena ou a absolvição do indigitado autor (*normatização específica*). Não há interesse efetivo, com a tutela penal, na apresentação de outras soluções possíveis: reconciliação, separação, realização de tratamentos psicológicos especializados etc. Alguém objetará, neste caso, que a lei também fala de “medidas integradas de prevenção” (art. 8º), de “assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar” (art. 9º), de “medidas protetivas de urgência” (arts. 18 a 23) e de atendimento por equipe multidisciplinar (art. 29 a 32). Entretanto, tais providências, além serem de programáticas (dependem de implementação através de políticas públicas), *não constituem parte integrante da solução final do conflito que – independentemente o que pensem, queiram ou necessitem as partes – permanece sendo uma sentença condenatória ou absolutória*. Cria-se, pois, simbolicamente, mediante a aplicação da lei penal, uma solução, através da qual se reafirma o “mito de que *renormatizar é resolver*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**, p. 54).

É possível afirmar, portanto, que o papel dos protagonistas em conflito foi *neutralizado* pela *ação nomatizadora* do Estado. Este é precisamente um dos marcos jurídicos do Direito penal moderno: a solução da disputa entre os conflitantes não se dá segundo a definição que eles (ou seus grupos sociais) dão do conflito e sim conforme aquela que lhes proporciona o Estado.⁵⁵

Tanto a *criminalização primária* quanto a *criminalização secundária* ocorrem através da atuação de *Agências do Sistema Penal*. Estas Agências são entes ativos do processo seletivo de criminalização e podem ser políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica ou internacionais.⁵⁶

A *criminalização primária* resulta de um ato de *Agências políticas* (legislativas) que estabelecem as programações destinadas à aplicação do direito penal pelas *Agências executivas* (policiais, judiciais, penitenciárias). Há um papel preponderante das *Agências políticas* na produção do direito penal e processual penal, assim como há um papel decisivo das Agências executivas na criminalização secundária.⁵⁷

⁵⁵ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução, apresentação e notas de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 144-145.

⁵⁶ Conforme Zaffaroni (*in* ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**, p. 60-61) as agências do Sistema Penal podem ser: "**a**) as *políticas* (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); **b**) as *judiciais* (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); **c**) as *policiais* (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, de toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); **d**) as *penitenciárias* (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); **e**) as *de comunicação social* (radiofonia, televisão, imprensa escrita); **f**) as *de reprodução ideológica* (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); **g**) as *internacionais* (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios)."

⁵⁷ As Agências do Sistema Penal não atuam com exclusividade na criminalização primária e secundária e sim *predominantemente*. As Agências políticas são suscetíveis às pressões de outras Agências durante o processo de elaboração legislativa. Por outro lado, as Agências executivas sofrem interferência das demais Agências e também dos parlamentos (CPIs, por exemplo) em suas atividades.

O conjunto formado pelas Agências políticas e executivas que, de acordo com as regras jurídicas⁵⁸, estão incumbidas de realizar o direito penal, é denominado *Sistema Penal*.⁵⁹

A partir dos elementos conceituais referidos acima, propõe-se a seguinte *definição descritiva de Poder Punitivo*, mantendo-se sempre o objetivo inicial (e provisório) de possibilitar que a Acusação *venha à fala*:

Poder Punitivo é o Poder Político do Estado, coercitivo, que se exerce mediante a programação formal das punições (produção de leis penais), pelas Agências políticas (criminalização primária), e pela estrutura burocrática estatal de aplicação das leis penais, compreendendo a ação das Agências policiais, judiciais e penitenciárias (criminalização secundária), como técnica de controle social, com a finalidade de obtenção de obediência a um comando e a um modelo de organização política (controle social punitivo).

Finalmente, num enunciado preliminar, propõem-se o seguinte conceito de Acusação, levando em conta a acepção adotada neste Relatório, de “Acusação-imputação”.

Acusação é a atribuição a alguém da prática de uma infração penal, formulada em regra por um órgão estatal e excepcionalmente pelo

⁵⁸ A operacionalidade das Agências executivas conecta-se às normatizações dadas pelo direito penal e pelo direito processual penal. O primeiro vem representado pelo “conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas” (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 24). O segundo integra o complexo de “princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da polícia judiciária, e a estruturação dos órgãos de função jurisdicional e respectivos auxiliares” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: Vol. 1. Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem - 3. atualização. São Paulo: Millenium, 2009, p. 20).

⁵⁹ Há um conceito mais amplo de Sistema Penal, incluindo o denominado “sistema penal subterrâneo”. De acordo com Nilo Batista (*in* BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. p. 25): “Zaffaroni entende por sistema penal o “controle social punitivo institucionalizado, atribuindo à vox ‘institucionalizado’ a acepção de concernente aos procedimentos estabelecidos, ainda que não legais. Isso lhe permite incluir no conceito de sistema penal casos de ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos toleradas (‘esquadrões da morte’ – por ele referidos como ‘ejecuciones sin proceso’, tortura para obtenção de confissões na polícia, espancamentos ‘disciplinares’ em estabelecimentos penais, ou uso ilegal de celas “surdas”, etc.) O sistema penal a ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam.”

particular, de forma oral ou por escrito, nos termos da lei processual penal, consistente em um processo de redefinição de uma situação conflitiva concreta, sobre a qual possa incidir, em tese, o Poder Punitivo (normatização concreta), com vistas ao exercício limitado deste poder, mediante a explicitação das causas da imputação (razões de fato e de direito).

1.2.2 Sistemas simbólicos e Acusação

Do que se disse até agora fica evidente que o exercício de Poder Político pelo Estado como técnica de controle social relaciona-se às percepções ou imagens sociais deste Poder, isto é, aos valores sociais que o correspondem. Semelhantemente, a Acusação, que parte de um ser intramundano (aquele que a formula: o promotor de justiça ou o advogado contratado pela parte), será espelho desses valores.

Os *valores sociais* obedecem a certas visões de mundo que possibilitam a significação dos objetos, comportamentos e interações. Eles estão na base moral que fundamenta as atitudes e os comportamentos. É através dos valores que os indivíduos sistematizam seus entendimentos sobre o justo e o injusto, o permitido e o proibido, o correto e o incorreto, o lícito e o ilícito etc. É possível, com base em tais valores, classificar e hierarquizar condutas nos diferentes setores da vida e ação social. Disso decorre que algumas condutas haverão de ser incentivadas e outras desestimuladas. Esta hierarquização de valores se dá em diferentes universos (mitos, língua, ciência, arte, direito), configurando *sistemas simbólicos* (estruturas) estruturadas e estruturantes, relacionadas ao Poder simbólico.

É pertinente, neste ponto, avaliar as relações entre sistemas simbólicos e Poder simbólico.

Sistemas simbólicos subsistem como instrumentos de conhecimento e comunicação da (e na) sociedade. Eles se constroem a partir das estruturas prévias de poder (são estruturados) e, ao mesmo tempo, constroem tais estruturas (são estruturantes).

O *Poder simbólico* é o poder de construção da realidade social (e por isso é denominado de “estruturante”). É ele que estabelece a ordem gnosiológica do mundo social, institui o *conformismo lógico* e permite que se tenha “uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências” (Durkheim).⁶⁰ Mediante enunciados simbólicos ele constitui determinada visão de mundo (ele “faz ver” e “faz crer” num certo modelo de mundo).⁶¹ “O poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe são sujeitos ou mesmo que o exercem.”⁶²

O Poder simbólico vale-se de *produções simbólicas*. Estas, nos diversos campos sociais, aos quais os indivíduos se inserem, servem como instrumentos de dominação, de controle social, tornando possível o consenso acerca do mundo social e a reprodução da ordem social.⁶³

Os sistemas simbólicos exercem o papel político de aparelhos de injunção ou de legitimação da dominação dos grupos sociais dominantes sobre os dominados. Além disso, fornecem condições à manutenção desta relação dominação mediante *violência simbólica*, robustecendo com a sua força as relações de dominação de uma classe sobre outra. Note-se que entre as diferentes classes sociais existe uma luta simbólica pela imposição das posições ideológicas. Este embate ocorre em duas frentes: a dos denominados *conflitos*

⁶⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (português de Portugal). 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 8. Título original: *Le pouvoir symbolique*. O texto foi parafraseado de Pierre Bourdieu, já o que se acha entre aspas é atribuído por este autor a Émile Durkheim.

⁶¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 12.

⁶² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 7-8.

⁶³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 10-11: “As ideologias, por oposição ao mito, produto coletivo e coletivamente apropriado, servem interesses particulares que tendem a apresentar como interesses universais, comuns ao conjunto do grupo. A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento de distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Este efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função de divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante.”

simbólicos da vida quotidiana e o da produção simbólica especializada (juristas, intelectuais, artistas etc.).⁶⁴

Para que se descubra o Poder simbólico é necessário identificá-lo nos diversos *campos sociais*, onde ele se produz, se reproduz e se dilui. Os *atores sociais* (indivíduos) estão inseridos espacialmente em determinados *campos sociais* e neles detêm a posse de grandezas de certos capitais (cultural, social, jurídico, econômico, político, artístico, esportivo etc.). O “*habitus*” de cada ator social condiciona o seu *locus*, isto é, cada um tenta ocupar um espaço e, para tanto, é necessário que ele conheça as regras do jogo dentro do campo social e que esteja disposto a lutar (jogar).⁶⁵

É nesse *habitus* que o ator social – o indivíduo que vê o mundo segundo os valores do grupo do qual faz parte – constrói sua visão de mundo e identifica-se, a partir daí, com pensamentos, valores e julgamentos que são posicionamentos políticos constituintes dos diversos microcosmos que compõem a sociedade. *Campo simbólico*, sinteticamente, é o espaço relativamente autônomo, dotado de leis próprias onde os indivíduos estão inseridos.⁶⁶

Uma vez definido *campo de produção simbólico*, é possível ir mais adiante e conceituar *campo jurídico*. Como campo de produção simbólico, o campo jurídico também se estabelece mediante uma disputa (concorrência) entre os seus diversos atores. Travam-se entre eles lutas silenciosas no *front* da

⁶⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p 12: “O campo de produção simbólica é um microcosmo da luta simbólica entre as classes: é ao servirem os seus interesses na luta interna do campo de produção (e só nesta medida) que os produtores servem aos interesses dos grupos exteriores ao campo de produção. A classe dominante é o lugar de uma luta pela hierarquia dos princípios de hierarquização: as frações dominantes, cujo poder assenta no capital econômico, têm em vista impor a legitimidade da sua dominação quer por meio da própria produção simbólica, quer por intermédio dos ideólogos conservadores os quais só verdadeiramente servem os interesses dos dominantes *por acréscimo*, ameaçando sempre desviar em seu próprio proveito o poder de definição do mundo social que detêm por delegação; a fração dominada (letrados ou ‘intelectuais’ e ‘artistas’, segundo a época) tende sempre a colocar o capital específico a que ela deve a sua posição, no topo da hierarquia dos princípios de hierarquização.”

⁶⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p 60-64.

⁶⁶ Sobre a gênese dos conceitos de *campo* e *habitus* vide BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p 59-73.

produção simbólica especializada, pelo monopólio de “dizer o direito” (interpretá-lo e aplicá-lo) e distribuí-lo economicamente (segundo determinada ordem de interesses). Os agentes, simultaneamente investidos de competência técnica e autoridade, ao tempo em que compartilham a mesma matriz gnosiológica (os textos jurídicos que constituem um *corpus* sistêmico) também disputam espaço na interpretação deste *corpus* (atividade que acontece de forma mais ou menos livre ou autorizada) e, conseqüentemente, consagram as visões legítimas (havidas como justas) do mundo social contidas naquela matriz.⁶⁷

Produz-se, deste modo, um hermetismo do campo jurídico, favorecido pela luta interna entre os que “jogam” no campo jurídico, o qual contribui para a separação entre o *mundo laico* e o dos chamados “operadores jurídicos”. A relação de competição entre os operadores profissionais, *experts*, mantém e robustece o próprio campo e cria, ao mesmo tempo, a ilusão de que o *corpus jurídico* é neutro relativamente às relações de força que o determinam. O campo jurídico organiza-se numa contínua reafirmação de valores, que acabam por constituir-se em instrumentos de dominação, desdobrados em exploração de outros segmentos sociais.⁶⁸

Retornando à idéia de Acusação esboçada no item anterior, é possível, agora, com as noções de “sistemas simbólicos” e de “campo de produção jurídico”, compreender que a atribuição a alguém da prática de uma infração penal não é um ato definido unicamente pelos critérios legais (legalidade formal e material da Acusação), mas interage, fortemente, com os valores sociais (simbólicos) do seu campo. Portanto, a Acusação não é somente uma “explicitação das causas (razões de fato e de direito)”; configura também, em seu papel jurídico de redefinidora da situação conflitiva concreta, uma expressão de produção simbólica (instrumento de dominação). Isto ocorre porque ela se vale dos sistemas simbólicos que a estruturam (a Acusação é estruturada a partir de estruturas prévias de poder) e também porque ela serve como base de consenso (a Acusação é estruturante, pois constrói estruturas de poder).

⁶⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p 212.

⁶⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p 212.

Sob este ponto de vista, a Acusação é fruto de um exercício de Poder simbólico, visto que ela contribui diretamente para o estabelecimento e manutenção de certa ordem gnosiológica do mundo e para o conformismo lógico tanto no meio jurídico quanto no mundo laico.

No campo jurídico o *habitus* da Acusação é decisivo na definição simbólica dos valores, que são reafirmados pela própria divisão de trabalho dos múltiplos operadores do Sistema Penal (policiais militares, agentes da polícia civil, delegados de polícia, assistentes de promotoria, promotores, servidores do cartório judicial, juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição). O fortalecimento do campo jurídico e de seu *modo de produção*, calcado na concorrência estruturalmente regulada entre órgãos e instituições que atuam no Sistema Penal, mascara a relação de dominação, que passa a ser percebida pela Sociedade como decorrente de princípios de hierarquização “naturais”. É como fossem desprovidas de história, de construção humana de idéias ou, ainda, universais.⁶⁹

Assim, quando indivíduos tomam por “naturais” as representações hierárquicas e axiológicas dominantes cria-se um nicho à *violência simbólica*.⁷⁰ A violência simbólica emerge codificada no seio das instituições e encontra guarida nos seus agentes que as acendem e delas se valem para apoiar os seus *exercícios de autoridade*.

⁶⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p 213: “A lógica paradoxal de uma divisão do trabalho que se determina, fora de qualquer concertação consciente, na concorrência estruturalmente regulada entre os agentes e as instituições envolvidas no campo, constitui o verdadeiro princípio de um sistemas de normas e de práticas que aparece como fundamento a priori na equidade e dos seus princípios, na coerência das suas formulações e no rigor das suas aplicações, quer dizer, como participando ao mesmo tempo da lógica positiva da ciência e da lógica normativa da moral, portanto, como podendo impor-se universalmente ao reconhecimento por uma necessidade simultaneamente lógica e ética.”

⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um Processo Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 9-10: “A violência simbólica, além de criar o consenso em torno do sistema penal (que, por esse viés, é sempre carente de severidade, inócuo, estimulante de uma proposta de impunidade), o serve como verdadeiro instrumento, pois representa um substituto da violência física e da força bruta. Estas últimas são exercidas somente no caso de falhar o controle da primeira, pois *sempre é mais econômico e eficaz colocar a instância de controle, a polícia, na mente dos indivíduos do que manter e utilizar corpos de repressão física*”.

Existe, ainda, outro efeito destas representações simbólicas no ato de acusar: quem acusa despersonaliza-se nesta atividade. O acusador age como uma “unidade de produção” (é chamado de “operador do direito”) e está sujeito à fiscalização de órgão de correição, ao qual deve apresentar relatório de produtividade. Ao mesmo tempo, os inquéritos e processos, por se constituem números nesta “linha de montagem”, se apresentam como realidades distantes da realidade do acusador, de tal modo que os “protagonistas” dos crimes são despersonalizados: perdem os nomes e passam a ser denominados “indiciado”, “investigado”, “denunciado”, “acusado”, “vítima”, “ofendido”, “apelante”, “apelado” etc., conforme exerçam, durante o procedimento, diferentes papéis. Nas relações interpessoais, no trabalho forense há também os reflexos despersonalizantes decorrentes das estruturas de poder necessárias à manutenção da autoridade do campo jurídico (as hierarquizações). Os delegados de polícia, os promotores, os advogados e os juízes são tratados pronominalmente por “doutores” e “excelência”, como forma de reconhecimento de superioridade na hierarquia do campo. Zaffaroni denomina este processo de “*burocratização do segmento judicial*”⁷¹.

A *burocratização do segmento judicial* tem efeito direto na forma como é exercida a Acusação. As interpretações do mundo formuladas pelo acusador partem de seu “*eu-jurídico*”, das representações de crime e criminoso

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** Parte Geral. p. 76-77 *passim*: (...) “De uma maneira geral, o sistema também se vale de uma seleção de pessoas os setores mais humildes e, ao invés de sujeitá-los a um processo de criminalização, submete-os a um processo de fossilização. Este condicionamento, ainda muito pouco estudado, é, todavia, gravíssimo. Utiliza-se de um grupo de pessoas de baixa condição social, que perde o seu grupo de identificação originário e o leva à adoção de permanentes atitudes de desconfiança, que se corrompa, e essa corrupção o obrigue a uma solidariedade incondicional para com o grupo artificial e se veja submetido a um regime quase militar; e, conseqüentemente, à arbitrariedade em relação às condições e estabilidade laborativa, serve como “bode expiatório” para os excessos do sistema, e, por fim, torna-se mais exposto à violência física que esse mesmo sistema cria.” (...) “Em outro nível, o sistema penal procura compartilhar essa mentalização com os segmentos de magistrados, Ministério Público e funcionários judiciais. Seleciona-os dentre as classes médias, não muito elevadas, e lhes cria expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto as conduz a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, cria-lhes uma falsa sensação de poder, que os leva a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e os isola até da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com a sua dor. Este processo de condicionamento é o que denominamos *burocratização do segmento judicial*.”

dadas pelos tratados dogmáticos e das concepções de justo e de injusto determinadas pelo sistema simbólico que sustenta o campo. Os outros entes que com ele interagem ou são entes burocráticos ou são entes processuais (tudo vira “prova”, mesmo o ser humano). Só existe a mente acusadora pensante e os outros seres são simples representações, sem existência própria. O solipsismo do acusador, deste modo, acarreta um descompromisso com qualquer outra verdade que não seja a “verdade” que se espera que ele defenda.

Outra razão para esta inclinação diferencial da Acusação é a participação imediata do órgão acusador no processo de criminalização secundária, como integrante do conjunto das Agências do Sistema Penal. Como a criminalização secundária tem *orientação seletiva*⁷², pois recai tendencialmente sobre um número restrito de pessoas ou sobre certas categorias de pessoas, num processo de estigmatização social, a Acusação refletirá, no seu conteúdo hermenêutico, esta tendência.

Aqui, também, a Acusação é estruturada e estruturante. É estruturada, pois não discrepa do *habitus* do campo simbólico e recebe deste a carga axiológica necessária à manutenção da seleção criminalizante secundária em operação e sem alterações significativas do público criminalizado. Também tem papel estruturante porque, por situar-se como figura estratégica no procedimento de apuração de responsabilidade penal, caracteriza-se como *produção simbólica especializada*. Portanto ela cria e (re)afirma valores, revestindo-os de juridicidade, os quais serão homologados ou combatidos, “bricolados” ou “mutilados” pelos “jogadores” do campo.

1.3 EPISTEMOLOGIA DO CAMPO JURÍDICO-PENAL E ACUSAÇÃO

Uma vez delineados os contornos da Acusação, torna-se imperativo estabelecer-lhe um sítio conceitual mais avançado, perquirindo-se acerca do sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) dados pelos sistemas simbólicos do campo jurídico e, especificamente, do campo

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**, p. 44-46.

jurídico-penal. Com este objetivo, pretende-se, brevemente, desvendar os modelos de conhecimento que ditam os sentidos interpretativos deste campo, a saber, *descobrir as formas de se produzir consensos*, quer mediante a domesticação dos saberes compartilhados pelos protagonistas do Sistema Penal quer através das técnicas judiciárias de estabelecimento e reconhecimento de verdades.

O referente, neste tópico, assim sendo, é bem definido: almeja-se identificar, em linhas gerais, os paradigmas epistemológicos que estruturam o campo jurídico-penal e, conseqüentemente, atuam como condicionantes da Acusação.

1.3.1 Crime, criminoso, pena e Acusação

Até aqui se tratou de definir *Poder Punitivo* e *Acusação* de modo descritivo, sem a preocupação de enfrentar uma questão substancial que lhes dá “alma” (uma razão de existir): o problema da punição. Bruno reconhecia que este “não é um problema simplesmente metafísico ou filosófico, como a primeira vista poderia parecer, mas de imenso interesse prático, porque dele depende a configuração da pena nas legislações e a orientação total dos sistemas penais.” ⁷³

A questão que se põe, neste ponto, é: a Acusação (como fenômeno a ser investigado) subsiste com base em que Standards ideológicos? O modelo de Acusação, no Brasil contemporâneo, está edificado sobre qual paradigma criminológico?

A resposta a esta questão é das mais complexas. Um caminho possível para a identificação do *paradigma criminológico* da Acusação pode ser o da observação da matriz disciplinar compartilhada entre os “acusadores” e demais os profissionais das diversas Agências do Sistema Penal.

⁷³ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte geral - introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Tomo I - v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 92.

Kuhn definiu *paradigma* como sendo a constelação de crenças, valores, técnicas, compromissos coletivos etc. de uma *comunidade científica*, que, por sua vez, é o grupo de cientistas ou profissionais que *compartilham a mesma matriz disciplinar*, pois foram “submetidos a uma iniciação profissional e a uma educação similares” e “absorveram a mesma literatura técnica e dela retiraram as mesmas lições”.⁷⁴

Segundo este entendimento, então, pode-se reconhecer o paradigma do Sistema Penal pela indagação acerca das crenças comuns (doxas) dos que lidam com a justiça penal. De forma mais profunda, pode-se pesquisar a matriz disciplinar a partir do que dizem os manuais e os tratados de direito penal e de criminologia adotados nos cursos universitários de Direito, nas Escolas de advocacia e nos cursos preparatórios para o exame da Ordem dos Advogados e de ingresso nas carreiras jurídicas (Ministério Público e Magistratura), sobre crime, criminosos, punição etc. Para os fins perseguidos neste Relatório de Pesquisa, entretanto, uma visão inicial do pensamento criminológico pode ser obtida diretamente nos textos do Código Penal e na Lei das Execuções Penais.

O Código Penal brasileiro, no seu art. 59 e incisos, declara que as finalidades da pena são a *reprovação* e *prevenção* do crime, estabelecendo-os como referentes do juiz, juntamente com as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime), no estabelecimento das penas aplicáveis, a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena. *In verbis*:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá**, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime:

- I - **as penas aplicáveis** dentre as cominadas;
- II - **a quantidade de pena** aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - **o regime inicial de cumprimento da pena** privativa de liberdade;

⁷⁴ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. p. 222 e 228-229, *passim*.

IV - a **substituição da pena** privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (sem grifos no original).

A estas finalidades (*reprovação e prevenção*), definidas na Parte Geral de 1984, agrega-se também a de *recuperação do infrator*, conforme a Lei das Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), que entrou em vigor na mesma data daquele diploma e *orienta-se pelos mesmos princípios*.

Esta Lei, no seu art. 1º, dispõe: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*.” Mais adiante, no art. 10 estabelece: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e *orientar o retorno à convivência em sociedade*”.

O modelo legal, deste modo, indicou como finalidades da pena a *reprovação*, a *prevenção* e a *recuperação do infrator*, associando idéias do classicismo (Escola Clássica) e do positivismo penal (escolas positivistas).⁷⁵ E a

⁷⁵ Para a *Escola Clássica*, amadurecida no marco histórico do Iluminismo, no período de transição do Estado absolutista para o Estado de Direito Liberal na Europa (França e Itália), entre os séculos XVIII e XIX, o crime é uma entidade jurídica, o criminoso é uma pessoa normal – dotada de livre-arbítrio –, que deve ser responsabilizada por sua falta moral, e a pena tem finalidade retributiva (teorias absolutas) ou utilitária da (teorias relativas) pena. Em oposição, a *Escola Positivista* formou-se a partir da década de setenta do século XIX, num contexto de profundas transformações nas funções do Estado, orientadas para o intervencionismo na ordem econômica e social, sob a égide de novas ideologias políticas de cunho social ou socialista. Em linhas gerais, a concepção positiva suplanta a noção de crime como ente jurídico, passando a percebê-lo como um fato natural e social. Nega-se o livre-arbítrio e, conseqüentemente, a responsabilização penal deixa de ter conotação de responsabilidade moral. O crime se expressa numa conduta anti-social, resultante de uma personalidade perigosa (o delinqüente). A pena é reinventada em seu papel utilitarista, como meio de defesa social que arrosta a periculosidade do criminoso. Surge como conseqüência, a noção individualização de pena como princípio a nortear não somente a aplicação da pena como também a sua própria execução. (Conforme CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**: 1889-1930. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 26-27; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. p. 39-80; e BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1998, p. 27-44).

doutrina, de uma forma geral, fez coro a este modelo eclético⁷⁶ com raras dissonâncias críticas⁷⁷.

A adoção casada de postulados antagônicos tem uma explicação: a diferença entre as escolas penais reside na abordagem metodológica, na forma como tentam explicar a criminalidade, e não no sistema de idéias que as sustenta, a *ideologia da defesa social*. Baratta anota:

Tanto a Escola clássica quanto as escolas positivistas realizam um modelo de ciência penal integrada, ou seja, um modelo no qual a ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções de homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia de defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico. A ideologia da defesa social (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal ao estado social.⁷⁸

A *ideologia de defesa social* estabelece-se num *campo comum* de embate entre as escolas penais (e na aparente síntese das versões ecléticas), que se torna campo fértil à filosofia dominante na ciência jurídica,

⁷⁶ Vide: BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. p. 631; JESUS, Damásio E. **Direito Penal**: volume 1 – parte geral. p. 519; NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. p. 228.

⁷⁷ Como as que podem ser lidas em BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: volume 1 – parte geral. p. 89-101; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 1 – parte geral. p. 552-567; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal, p. 114-130. Vide também, sobre as doutrinas justificacionistas das penas: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Título original: Diritto e ragione: teoria del garantismo penale, p. 230-261.

⁷⁸ BARATTA, Alessandro **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. p. 41-42.

retratada na *communis opinio doctorum* e reproduzida nos livros e nos cursos de graduação em direito, e calcada em *crenças* que se apresentam como “princípios” inquestionáveis. Baratta⁷⁹ arrola vários exemplos destas crenças (*mitos*), como o pressuposto de que a *igualdade penal* entre as pessoas é real (e não somente declarada) e a fé (quase religiosa) nas efetivas finalidades da pena.

Arend destaca, a respeito do assunto, que:

A ideologia da defesa social construiu o conceito de defesa social em matéria penal, concebendo o fenômeno criminal, sua gênese e uma lógica de contenção própria de uma sociedade legitimada à reprovação do comportamento desviante e à reafirmação dos valores e normas por ela estabelecidas. Deu ao conceito uma completa justificação com a qual os sistemas penais não só conviveram e convivem, mas também reasseguram a sua utilidade.⁸⁰

Em resumo: o modelo criminológico acolhido pela legislação penal e a doutrina compartilhada no campo jurídico-penal (a matriz epistemológica) indicam que a concepção de Acusação, no Brasil, permanece adsorvida à concepção ideológica de *defesa social*. Portanto, a Acusação pretende ser, antes de tudo, uma resposta (defesa) da sociedade ao crime e ao criminoso (indivíduo perigoso). Pressupõe-se, segundo este modo de pensar, que é sempre melhor acusar, gerando-se um “princípio” de Acusação para o qual se cunhou uma máxima latina: “*In dubio pro societate*”. Na dúvida, se acusa; e “acusar é defender a sociedade”.

1.3.2 Formas jurídicas e Acusação

Esta incursão na *ordem epistemológica* do campo penal desdobra-se numa outra questão: qual a *verdade legitimadora* da Acusação? Qual a “forma judiciária” que permite que se reconheça a verdade no conjunto de *regras do jogo punitivo*?

⁷⁹ BARATTA, Alessandro **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. p. 42.

⁸⁰ AREND, Márcia Aguiar. **Capitulação Penal**: O Poder (in)visível do Ministério Público. 1998. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 1998, p. 21.

Neste tópico, “verdade” não significa “desvelamento” ou “desocultação” (*alétheia*) como no item 1.2, nem tem o sentido de relação de concordância entre conhecimento e objeto (*veritas est adaequatio intellectus et rei*). Trata-se, simplesmente, de uma forma de reconhecimento “do verdadeiro” com base no que foi pactuado social e juridicamente numa comunidade humana e que se torna a base legitimadora (justificadora) da cominação penal.⁸¹

O *Poder Punitivo* historicamente se legitimou com o prévio e estratégico reconhecimento deste tipo de verdade (*verdade como forma de subjetividade*) em práticas sociais e rituais específicas, a saber: sortilégios, disputas, magias, desafios, provas, juramentos, invocações a oráculos, inquéritos etc.⁸²

As *formas jurídicas* não se confundem com *rituais jurídicos*. Elas, com efeito, têm com característica marcante o ritualismo. Mas elas mesmas não exaurem os seus sentidos nos rituais que a integram. São, assim, *poderes-saberes exercidos de forma ritualizada*.⁸³

O *ritual* é um sistema cultural de comunicação simbólica e “em seu desenrolar, (re)articula, os diversos elementos da sociedade em uma nova gramática, capaz de ser perceptível por todo o *corpus* social que dele participa.⁸⁴ São características dos rituais a *formalidade (convencionalidade)*, *estereotipia (rigidez)*, *condensação (fusão)* e *redundância (repetição)*.⁸⁵

⁸¹ O sentido de “forma de reconhecimento” aqui referido é o mesmo de “forma jurídica” ou “forma judicial” empregado por Michael Foucault. Este autor denomina “formas jurídicas” (ou “formas judiciárias”) os modos pelos quais entre os homens se definem as responsabilidades. *Forma jurídica* é “o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de duas ações e a punição de outras, todas essas regras.” (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. Título original: *La vérité et les formes juridiques* (Conferências de Michel Foucault na PUC-Rio de 21 a 25 de maio de 1973, p. 11).

⁸² FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. p. 12.

⁸³ STRECK, Lenio Luis. **Tribunal do Júri: Símbolos & Rituais**. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luis. **Tribunal do Júri: Símbolos & Rituais**. p. 106.

⁸⁵ PEIRANO, Mariza. **Rituais ontem e hoje**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 11.

Nos dias atuais tem-se como crença jurídica praticamente incontroversa que o *Inquérito* – isto é, a sindicância, a indagação formalizada em atos, o *processo* – traz um recorte da realidade capaz de permitir o conhecimento de fatos e de autorizar, com base neste conhecimento, a imposição de uma sanção penal.⁸⁶

O termo “*Inquérito*” (com inicial maiúscula) é empregado neste Relatório em uma acepção ampla, significando o conjunto de atos ou diligências que têm por objetivo a obtenção (definição) da verdade sobre fatos alegados ou supostos. Assim sendo, as categorias “*inquérito policial*”, “*procedimento investigatório criminal*”, “*processo-crime*” etc. são consideradas modalidades de *Inquérito*. Define-se *Inquérito* como uma investigação realizada por meio de processos padronizados, sistemáticos e demonstrativos, oposta à acumulação casual de conhecimentos. Não há nesta apreciação, portanto, uma referência à espécie *inquérito*, como indagação investigatória formal levada a cabo pela polícia judiciária e que serve para fundamentar a deflagração de uma ação penal, prevista no Código de Processo Penal brasileiro⁸⁷, mas sim ao *genus* “*Inquérito*” (o modo legal e ritualizado de definição da verdade no campo penal).

A idéia fundamental a ser desenvolvida firma-se em duas noções basilares: (1) as formas jurídicas e sua evolução no campo do direito penal deram origem a um determinado número de formas de verdade; e (2) o *Inquérito*, tal como foi praticado pelos filósofos de século XV ao século XVIII, e também por cientistas (geógrafos, botânicos, zoólogos, economistas) é ainda uma forma bem característica da verdade em nossas sociedades.⁸⁸ Daí propõe-se a questão: qual a característica do *Inquérito* no Sistema Penal brasileiro? Como este esquema influencia a formulação da Acusação?

Serão necessárias, inicialmente, algumas palavras sobre a genealogia do *Inquérito*, mais especificamente sobre o seu significado político,

⁸⁶ Sobre verdade processual vide: RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 6-12.

⁸⁷ CPP, Livro I, Título II, artigos 4º a 23; Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, Livro I, Título I, Capítulo III, artigos 19 a 40).

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. p. 12.

pois a forma de se exercer o Poder Punitivo e de se formular a Acusação estão ligados ao seu surgimento e às suas configurações históricas.

Podem ser identificados três momentos históricos decisivos para afirmação do *Inquérito* como forma-padrão de obtenção da verdade nas causas de natureza penal: o seu nascimento na Grécia Antiga, a sua recepção pelo Direito Romano e o seu ressurgimento, reconfigurado para o mundo moderno, a partir dos séculos XV e XVI, na Renascença.

Foucault situa a origem do Inquérito na Grécia Antiga, retrocedendo na sua busca historiográfica aos Períodos Arcaico e Clássico.⁸⁹ De acordo com Foucault, antes do Período Clássico não há registro do Inquérito como forma jurídica no mundo grego. No Período Arcaico os impasses eram arbitrados por juramentos ou provas, conforme os costumes, e não por Inquéritos. Ele cita um exemplo, extraído da *Ilíada* de Homero, relativo a um desajuste entre Antíloco de Menelau, depois de uma corrida de carros, realizada durante os jogos promovidos na ocasião da morte de Pátroclo, gerando por uma objeção formulada por Menelau perante o júri da prova, de que Antíloco cometera uma irregularidade ao passar por um dos marcos da pista. O impasse acaba se resolvendo, mas não pela inquirição de alguma testemunha e sim por uma prova lançada por Menelau ao adversário: deveria por a mão direita na testa do seu cavalo, segurar o chicote com a esquerda e jurar, “por Zeus”, que não cometera irregularidade. Antíloco se recusa a jurar e, por isso, perde a prova.⁹⁰

No Período Clássico, contudo, quando a Grécia atingiu o seu apogeu e a sociedade grega consolidou o seu domínio sobre o Mediterrâneo, chegando à plenitude de sua civilização, ocorreu uma transformação significativa

⁸⁹ Os historiadores estabeleceram uma periodização para a história grega, que é a geralmente aceita: a) Período Creto-Micênico, de 2000 a.C. até o século XIII a.C.; b) Período Homérico, do século XII (1100 a.C.) até século VIII (700 a.C.); c) Período Arcaico; do século VIII (700 a.C.) até século VI (590 a.C.); d) Período Clássico: séculos V e VI (499/400 a.C.); e e) Período Helenístico que, embora sem limites espaciais e cronológicos bem definidos, considera-se, usualmente, como período entre os séculos IV a I a.C. A civilização grega forma-se no período compreendido entre a fim da invasão dórica (século XII a.C) e o embate com o Império Persa (no final do século VI). A *pólis* – cidade-estado grega – se forma nesse período e representa a forma assumida pelo Estado na Grécia antiga. (GAVAZZONI, Aluisio. **História do Direito: Dos sumérios até a nossa era**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 63-64).

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. p. 31-32.

neste modo de se pensar a “verdade jurídica”. Como resultado do florescimento econômico, novos grupos sociais se fortaleceram (mercadores, artesãos, artistas), acarretando rivalidades e disputas, em prejuízo da nobreza (grandes proprietários de terra que detinham o poder nas cidades gregas no Período Arcaico). As mudanças políticas nas cidades-estado representavam turbulência social. Líderes políticos elaboraram e impuseram leis com o objetivo de garantir a ordem e a tranqüilidade⁹¹ e, ao tempo em que a Grécia se organizava politicamente, estabeleceu-se paulatinamente um modo de conhecer a verdade, agora de *forma demonstrativa*. Este modo de pensar a verdade decorreu de longo processo evolutivo, especialmente em Atenas, no curso do século V a.C.. As velhas formas de conhecimento cederam espaço às novas formas culturais que se tornaram características da sociedade grega. Isto se deve a três fatores, segundo Foucault: (1) a elaboração das formas racionais de prova e demonstração (a Filosofia, os sistemas racionais, os sistemas científicos); (2) de modo correlacionado a estas formas, o desenvolvimento da arte de persuadir (a vitória é obtida pelo convencimento das pessoas, pela arte retórica); e (3) a prática do testemunho por lembrança (o Inquérito dos historiadores, dos naturalistas, dos botânicos e dos geógrafos).⁹²

O segundo momento afirmativo do Inquérito, relevante para a forma de se pensar a verdade jurídica ocidental, se dá com o advento da *cognitio* do Direito Romano⁹³. Em Roma, na fase do direito Quiritário, as verdades

⁹¹ AREND, Marcia Aguiar. **Estado Policial: A Resposta do Poder às Emergências Sociais**. Revista Discente - CPGD-UFSC: Fundação Boiteux, Florianópolis, n. 1, p.118-133, dez. 2002, p. 121.

⁹² FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. p. 54-55.

⁹³ Em sentido lato considera-se Direito Romano o conjunto de regras e princípios de direito que regeu a sociedade romana, em diversas épocas de sua existência, desde a sua origem até a morte do imperador Justiniano I, no Século IV da era cristã. Em sentido restrito, direito romano é tão somente o *Corpus Iuris Civiles*, obra legislativa de Justiniano I. (Conforme Gavazzoni, 2002, p. 79; DI PIETRO, Alfredo. **Manual de Derecho Romano**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 17). A referência neste trabalho é ao primeiro conceito. “Em sua origem, o direito romano não diferiu do direito de outros povos: foi consuetudinário e jurisprudencial, encontrando-se nos costumes e nas decisões dos *pontífices* a regra de direito. Entre duas legislações encontra-se a história desse direito: uma, em 462 a.C., “Lei das XII Tábuas” (*Lex duodecim tabularum*), que codificou o direito romano primitivo, exclusivo do cidadão romano (*jus quiritum*), e, no seu crepúsculo, o *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano. Entre essas duas legislações, uma longa história, em que o gênio dos romanos se manifestou, estabelecendo as bases do direito, herdado pelo Ocidente, que se encontram nas raízes de nossos códigos. (GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 352.).

jurídicas estabeleciam-se, predominantemente, por meio de ritos jurídicos não demonstrativos, mediante fórmulas orais e gestos.⁹⁴ Nos primeiros tempos da República⁹⁵, num clima de hostilidade entre patrícios e plebeus, foi aprovada a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*, nos anos 451 a 450 a.C), que se tornou a fonte de todo direito público e privado. A Lei das XII Tábuas não introduziu em Roma um novo direito, mas sim assentou, por escrito, os antigos ritos jurídicos e os rudimentos da *legis actionis*, e outras regras vigentes anteriormente (com algumas disposições de direito penal).⁹⁶ Os ritos da *legis actionis* referiam-se às disputas patrimoniais, de caráter privado, e se revestiam de um extenuante formalismo. “Nada mais era do que um conjunto de fórmulas e gestos sagrados ou rituais que as partes deviam pronunciar e repetir

Em tão longo período, com as instituições jurídicas variando de acordo com as mudanças sociais, políticas e econômicas, torna-se necessário, para estudo, dividir a história do Direito Romano em etapas, as quais não coincidem, em datas, necessariamente com as fases políticas de Roma (Reinado, República, Império) e variam de autor para autor. Acolhe-se, aqui, a divisão proposta por Di Pietro, em três fases: a) o *direito antigo* (ou *quiritário*; Quirites é a velha denominação que se davam a si mesmos os romanos), situada desde a fundação de Roma até o ano 130; b) o *direito romano clássico*, que abarca entre 130 a.C. até 230 d.C. (dentro do qual pode-se distinguir uma primeira etapa, que alguns situam como *pré-clássica*, durante a República; anos 130-30 a.C.; uma segunda, o *direito clássico central*: anos 30 a.C. a 130 d.C.; e uma terceira, o *direito clássico tardio*: anos 130 a 230 d.C.); c) o direito romano pós-clássico, que vai de 230 d.C. a 530 d.C, período no qual podemos situar a compilação justiniana (528-535), e continuará até a morte de Justiniano (565). (Conforme DI PIETRO, Alfredo. **Manual de Derecho Romano**. p. 17).

⁹⁴ No período do Direito Romano Antigo (Direito Quiritário) o *jus* não estava escrito; fundava-se precipuamente na tradição e nos costumes e centrava-se em rígidos rituais. Consubstanciava-se nos *mores maiorum* (os velhos costumes dos antepassados), derivados das normas sociais. Estes costumes eram seguidos por tradição, em virtude do prestígio (*maiorum de auctoritas*) dos ancestrais romanos, sedimentados no comportamento da comunidade, como critérios morais de virtude. É de se observar que a palavra *mores* pode referir-se também aos “ritos jurídicos” e, neste sentido, tem especial significação para este estudo. Entre os costumes ancestrais deviam ser guardados certos ritos jurídicos em geral solenes. Os poderes do *paterfamilias* se exercem sob a forma de potestades, poderes ritualizados (a *patria potestas* sobre os *filiifamiliae*; a *manus* sobre a mulher casada; a *dominica potestas* sobre os escravos e as coisas; e o *mancipium* sobre outras pessoas livres). Quanto aos conflitos de interesses, que dão lugar a pleitos de natureza civil e penal, são resolvidos pelo procedimento da *legis actiones*, sumamente ritual, com emprego de fórmulas orais muito específicas. (DI PIETRO, Alfredo. **Manual de Derecho Romano**. p. 17). A *mancipatio*, por exemplo, era um ritual marcado por fórmulas orais, realçadas através de um tocar de mão, com a presença de testemunhas (atos librais) ou com a presença do próprio magistrado (*in iure cessio*), cujos efeitos são sempre aquisitivos de poder sobre uma pessoa ou uma coisa) e o *nexum* (que produz efeitos obrigacionais). (OLIVEIRA NETO, Renato Avelino de. **Mancipatio**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 778, 20 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7174>. Acesso em 16 de setembro de 2009).

⁹⁵ O Período Republicano romano se estendeu de 510 a 31 a.C., conforme MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 4. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1978, 1. v, p. 15 e 31.

⁹⁶ PIETRO, Alfredo. **Manual de Derecho Romano**. p. 18.

corretamente, sob pena de nulidade. Não havia, a princípio, exposição do fato nem fundamentação.”⁹⁷

Posteriormente, já no *Período Clássico romano*, nos momentos finais da República, eclodiu um esquema de indagação semelhante ao existente na Grécia. Na dicção de Prado:

Em Roma, o mais antigo dos sistemas procedimentais penais conhecidos dessa civilização surgiu com a denominação de *cognitio*, baseado na *inquisitio*, tratando-se de procedimento de natureza pública, porquanto realizado em nome e pela intervenção do Estado romano, e porque deixava ao magistrado, como representante do rei, amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades que se saiba e mesmo sem partes, conforme as concebemos atualmente.⁹⁸

A palavra latina *cognitio* significa: “o travar conhecimento; conhecimento; exame de uma causa; investigação, estudo teórico; teoria; ato de reconhecer, de tornar a conhecer; idéia; indagação jurídica”⁹⁹. Durante o extenso período no qual se constituíram e consolidaram as instituições do Direito Romano, formaram-se em torno desta palavra – *cognitio* – idéias que marcaram indelevelmente a forma de conhecimento jurídico do mundo ocidental, consolidando-a como arquétipo da indagação processual com padrão de conhecimento demonstrativo ritualizado (Inquérito).¹⁰⁰

⁹⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. p. 380.

⁹⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. p. 74.

⁹⁹ KOEHLER, H.. **Pequeno Dicionário Latino Português**. p. 57 (verbete *cognitio*, *ónis*).

¹⁰⁰ Conforme Geraldo Prado (PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. p. 75), historicamente a *cognitio* passou por mutações (com limitações ou ampliações de poder dos magistrados). A *accusatio* (também designada *iudicium publicum* ou *qaestio*), por exemplo, surgiu como forma de indagar a partir de uma provocação, aportando como elemento limitador em face da *cognitio*, para assegurar garantias ao imputado numa demanda criminal, nas infrações penais de ordem pública. Lembra, em muitos aspectos, o procedimento grego. Não havia acusador particular predefinido, nem acusador público. Na *accusatio* qualquer cidadão romano (em especial o ofendido), provido de provas, podia mover contra o ofensor uma ação penal. Ninguém poderia ser posto em juízo em uma Acusação formal (“*Nemo in iudicium tradetur sine accusatione*”). No império, completa este autor, a *accusatio* foi, paulatinamente, cedendo espaço à “*cognitio extra ordinem*”, uma modalidade procedimental extraordinária, presidida, nos primeiros tempos pelo Senado, depois pelo Imperador e, finalmente, outorgado ao “*praefectus urbis*”. Com poderes de acusar e julgar,

O terceiro momento de afirmação do Inquérito se dá na Renascença¹⁰¹. As transformações na Sociedade, na economia, na cultura, na política e na religião acarretaram o fenômeno a que se denominou *revolução inquisitorial*¹⁰². O florescimento do Estado, como ordenamento político, na Europa Ocidental, a partir do Século XIV foi marcado por um *giro paradigmático* que representou a passagem da *disputatio* (a *luta*, predominante nas *organizações políticas* europeias anteriores ao Estado Moderno) para a *inquisitio* (a *interrogação*) como *via de obtenção da verdade* no âmbito dos saberes para o exercício do Poder Punitivo.¹⁰³

o “*praefectus urbis*” concentra amplos poderes instrutórios, podendo valer-se da tortura do réu, de delações e testemunhos, como forma de “conhecer a verdade” (p. 77).

¹⁰¹ Conforme Moacyr Motta da Silva (*in* DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira e Melo; SILVA, Moacyr Motta da. **Política Jurídica e Pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 117-119): “O primeiro movimento moderno teve início com a Renascença, a partir dos séculos XV e XVI. A nova forma de interpretar o mundo é chamada de humanista-imanentista. Esse paradigma rompe com o tradicional pensamento teísta herdado da Idade Média, na qual predominava o pensamento religioso, a teologia e a filosofia. Até então prevalecia um verdadeiro sincretismo de pensamentos entre Sociedade, Estado e Clero. O novo modelo humanista-imanentista surge com modernas idéias de pensar o mundo. Em lugar da prevalência dos interesses espirituais abrem-se espaços para questões materiais e terrenas. A visão do mundo volta-se para o lugar em que se vive. A Sociedade passa a administrar suas próprias mazelas. A consciência social passa a reconhecer a necessidade de criar regras de bem viver geradas pela própria razão humana.”

¹⁰² Vide, sobre “*rivoluzione inquisitoria*”: CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 18.

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. p. 185: “O processo do inquérito, velha técnica fiscal e administrativa, se desenvolveu principalmente com a reorganização da Igreja e o crescimento dos Estados principescos nos séculos XII e XIII. Foi então que ele penetrou com amplitude que se sabe na jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, depois nas cortes leigas. O inquérito como pesquisa autoritária de uma verdade constatada ou atestada se opunha assim aos antigos processos do juramento, da ordália, do duelo judiciário, do julgamento de Deus ou ainda da transação entre particulares. O inquérito era o poder soberano que se arrogava o direito de estabelecer a verdade através de um certo número de técnicas regulamentadas. Ora, embora o inquérito, desde aquele momento, se tenha incorporado à justiça ocidental (e até em nossos dias), não se deve esquecer sua origem política, sua ligação com o nascimento dos Estados e da soberania monárquica, nem tampouco sua derivação posterior e seu papel na formação do saber. O inquérito foi com efeito a peça rudimentar e fundamental, para a constituição das ciências empíricas; foi a matriz jurídico-política desse saber experimental, que, como se sabe, teve seu rápido surto no fim da Idade Média. É talvez verdade que a matemática, na Grécia, nasceu das técnicas da medida; as ciências da natureza, em todo caso, nasceram por um lado, no fim da Idade Média, das práticas do inquérito. O grande conhecimento empírico que recobriu as coisas do mundo e as transcreveu na ordenação de um discurso indefinido que constata, descreve e estabelece os “fatos” (e isto no momento em que o mundo ocidental começava a conquista econômica e política desse mesmo mundo) tem sem dúvida seu modelo operatório na Inquisição - essa imensa invenção que nosso recente amolecimento colocou na sombra da memória”.

Embora o seu renascimento tenha sido lento e obscuro, servindo de instrumento à Inquisição, o “novo Inquérito” sobrepujou o método grego como forma de poder-saber demonstrativo e se uniu ao saber técnico herdado das fontes romanas. O reaparecimento do Inquérito, em oposição ao “modelo de provas”, não resultou simplesmente de sua maior racionalidade; o seu modo de estabelecer a verdade estava diretamente conectado às transformações políticas do medievo. O Inquérito surge como um modelo de cognição a serviço do Poder Punitivo, das relações de poder e aos jogos de forças políticas. A sua adoção se prende às transformações havidas nas estruturas políticas. Assim sendo, “o inquérito que nasce na Idade Média terá dimensões extraordinárias. Seu destino será praticamente coextensivo ao próprio destino da cultura dita européia ou ocidental.” ¹⁰⁴

Desde aquele momento o *Inquérito* se incorporou à justiça ocidental e permanece até os dias atuais como modelo cognitivo judicial. A sua origem política coincidiu com o nascimento dos Estados e com a necessidade de se preservar a soberania monárquica (o Poder Político). As modificações posteriores não lhe alteraram a essência metodológica, pois continua sendo uma indagação racional formalizada para estabelecimento da verdade; foram realizadas unicamente com a finalidade de justificá-lo, de domesticá-lo ideologicamente, para adequá-lo aos modelos de Estado supervenientes (Estado Liberal e Estado Contemporâneo).

Foi por isso que pensamento iluminista, no século XVIII, de um modo geral, acolheu o *Inquérito* renascentista, mas posicionou-se contrariamente ao *sistema de provas legais*¹⁰⁵, sustentando a idéia de *verdade*

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**, p. 55.

¹⁰⁵ Conforme FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 130, no modelo de provas legais e “racionais” da *inquisitio*, o desenho lógico-epistemológico é idêntico: “o da dedução da conclusão judicial como necessária (e não provável) a partir da prova praticada e da norma que lhe confere este valor probatório ou imediatamente expressivo do fato provado”, com a diferença de que o direito penal não era mais aplicado por deuses, mas pelos reis, seus legítimos representantes na Terra. Em vez de critérios religiosos ou supersticiosos, buscou-se nas provas legais um modo racional de verificação e valoração dos fatos. Tanto as provas ditas *irracionais* quanto as chamadas *racionais* são provas *formais*; aquelas, porque a decisão já está dada pelo reconhecimento prévio de um juízo divino, supremo e infalível; estas por força da anterior previsão legal tarifando-a.

judicial apenas como provável (não como não necessária). Os *philosophes des Lumières*, detectando que a *idéia de prova suficiente ou de culpabilidade* constituía um traço comum entre a *inquisitio* renascentista e as formas jurídicas ditas primitivas ou consideradas irracionais, embora não fossem concordes em todos os pontos acerca da tarificação das provas, mantiveram certo consenso em torno de “princípios” como o da *imparcialidade* e da *livre convicção do juiz*, e de garantias como a oralidade, publicidade e do contraditório. Na prática, porém, a forma como foram recepcionadas estas idéias pela doutrina e jurisprudência, gerou um paradoxal sistema, montado a partir da *inquisitio* e da *accusatio*.¹⁰⁶

O *Inquérito* se revelou historicamente como um eficiente instrumento de dominação política. Trata-se de poder-saber capaz de ser controlado pelo Estado e que se solidificou como arquétipo de racionalidade; um modo lógico, coerente e incontrovertido de produção de verdade.

Significativamente, o Brasil conheceu-o de forma tardia.

Em *Terra de Santa Cruz* ¹⁰⁷, na etapa da colonização, a dominação dos nativos não se deu segundo o *Inquérito*. Para o empreendimento

¹⁰⁶ Depois da Revolução Francesa, a “livre convicção do juiz” cedeu lugar a um modo arbitrário de estabelecimento da verdade jurídica. Agora não eram nem provas mágicas ou divinas, nem a vontade do *dominus*, o juiz-inquisidor, mas sim a potestade do juiz pretensamente “iluminado” pela razão. Assim, o livre convencimento. “(...) terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes. Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da “livre” convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus ou, pelo menos, da necessidade - da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 134).

¹⁰⁷ *Terra de Santa Cruz* foi o segundo nome dado ao Brasil pelos portugueses, logo após o seu descobrimento por Pedro Álvares Cabral. Este nome evoca os interesses ideológicos do Império: religiosidade e dominação. Camões cantava “as *memórias gloriosas Daqueles Reis que foram dilatando a Fé, o Império, e as terras viciosas De África e de Ásia andaram devastando*” (CAMÕES, Luís Vaz de. **Os Lusíadas**: Canto I, 3ª estrofe. São Paulo: Biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro. Disponível em: <http://web.rccn.net/camoes/camoes/index.html>. Acesso em 20 de setembro de 2009). Dilatar a Fé e o Império eram os objetivos declarados dos colonizadores, explica Laura de Mello e Souza: “A principal coisa que me moveu a mandar povoar as ditas terras do Brasil foi para que a gente dela se convertesse à nossa santa fé católica”, escrevia em 1548, a Tomé de Souza. Tornou-se lugar-comum afirmar que a religião forneceu os mecanismos ideológicos justificatórios da conquista e colonização da América, encobrindo e escamoteando as atrocidades cometidas em nome da fé. É incontestável que foi assim. Mas, se tanto foi dito acerca das relações entre infra-estruturas e superestrutura, quase não se procurou esmiuçar o mundo complexo da religiosidade. Nunca é demais lembrar que o fim da Idade Média e os inícios da Época Moderna caracterizaram-se por uma religiosidade

colonizador de Portugal o exercício de Poder sobre os ocupantes das terras descobertas, necessário à dominação, não passava pela via da demonstração empírica. A violência contra os indígenas não tinha o mesmo sentido daquela dirigida contra as classes marginalizadas na Europa. As novas terras foram ocupadas, devassadas e exploradas nas suas potencialidades; a *razão da colonização* era esta: fazer com que as novas terras se tornassem um “bom negócio”. Em outras palavras, o processo de colonização balizou-se no modo de pensar *patrimonialista e conservador* lusitano.¹⁰⁸

Como consequência, a Sociedade brasileira organizou-se com base no latifúndio, na grande propriedade agro-exportadora, na qual a riqueza do colono branco (europeu) contrasta com a miséria extrema das populações nativas e africanas que lhe estão submetidas. O pacto colonial era assim definido: o Brasil era uma área econômica complementar à Metrópole na qual a classe proprietária tirava vantagem da política monopolista-mercantilista executada por Portugal. “O correto é que o sistema aglutinava certas práticas de base feudal com uma incipiente economia de exportação centrada na produção escravista.”¹⁰⁹

Por isso, a justiça penal, na etapa colonial, era aplicada como numa extensão do privado no público, havendo nas delegações de jurisdição penal que os soberanos portugueses fizeram às autoridades colonizadoras, especialmente na primeira metade do século XVI, um modelo com manifestos traços feudais, exercendo-se o Poder Punitivo de forma predominantemente doméstica, desregulada e privada.¹¹⁰ A legislação criminal de

funda, exacerbada, cheia de angústia. Portanto, sem que os propósitos materiais fosse acanhados, cristianizar era, de fato, parte integrante do programa colonizador dos portugueses diante do Novo Mundo. Mais do que isso: parte importante, dado o destaque que tinha a religião na vida do homem quinhentista”. (SOUZA, Laura de Mello e. **O diabo e a terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular n Brasil colonial**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 48-49).

¹⁰⁸ Conforme WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 37, as instituições brasileiras e seus atores sociais refletem esta herança colonial patrimonialista e conservadora, que marcou indelevelmente a história da Sociedade nacional nas fases do Império e da República.

¹⁰⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. p. 39.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. p. 412.

Portugal, de cunho abertamente inquisitorial (o saber-poder demonstrativo do Inquérito praticado na Europa), ancora no Brasil somente na fase colonial tardia, quando surge a necessidade de se organizar burocraticamente o sistema judicial, segundo o modelo de Portugal, numa afirmação de Poder da Coroa Portuguesa.¹¹¹ Antes disso preponderavam práticas disciplinares senhoriais e domésticas, peculiares do escravismo, além de ações genocidas contra as populações indígenas, resultantes do empreendimento colonizador de expansão das fronteiras.¹¹²

Com a necessidade de se afirmar um Poder central, o Inquérito firma-se no Brasil nos moldes europeus: o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, acolheu o *Inquérito*, dividindo-o em duas fases procedimentais sucessivas¹¹³, situação que foi mantida como refrão no período da República, desde os primeiros anos, até os dias atuais.¹¹⁴

¹¹¹ As Ordenações Afonsinas, vigentes quando da descoberta do Brasil (1447-1521) não tiveram na prática a mínima influência na Colônia, muito embora versassem sobre matéria criminal, no seu livro V. As Ordenações Manuelinas, impressas em 1521 no reinado de D. Manuel, traziam algumas atualizações, mas mantinham na essência os mesmos traços gerais das Afonsinas; figuraram tão-somente como referência burocrática casual, mas permaneceram distantes do cenário jurídico colonial. As Ordenações Filipinas, que resultaram da reforma do código manuelino como consequência do domínio castelhano (Dinastia Filipina ou Império da União Ibérica), foram sancionadas em 1595 ao tempo de Filipe I, mas só se tornaram vigentes após serem publicas em 1603, quando já reinava Filipe II, tendo sido mais tarde confirmadas por D. João IV. Estas Ordenações compuseram o cerne da programação criminalizante brasileira a partir da primeira metade do século XVII, sempre ressalvado o Sistema Penal doméstico senhorial, e foram, por mais de dois séculos, aplicadas no país mesmo depois da independência. (PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 58-67). Com a edição das Ordenações Filipinas, a administração da justiça colonial passou por profundas alterações. Organiza-se burocraticamente um sistema judicial nos moldes do lusitano, no esforço da Coroa portuguesa de aumentar o seu controle concreto e centralizado. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. p. 417).

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. p. 414-416, *passim*: “As primeiras práticas penais brasileiras não foram judiciais nem fundadas provimentos legislativos.” “(...) A predominância de um poder punitivo doméstico, exercido desreguladamente por senhores contra seus escravos, é facilmente demonstrável, e constituirá remarcável vineta nas práticas penais brasileiras, que sobreviverá à própria abolição da escravatura.” “(...) A situação jurídica dos índios, conquanto muito mais regulamentada e de certa forma pendular, no que pertine à necessidade do braço escravo, à dos negros, não os afasta das intervenções punitivas segundo os mesmos padrões.”

¹¹³ PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. p. 96: “O nosso legislador de 1832 ficou num meio termo entre o procedimento acusatório, então vigente na Inglaterra, e o misto, adotado pela França, ente inquisitivo na fase instrutória e acusatório na fase de julgamento; mas indubitavelmente, o nosso Código era muito mais liberal, pois, no modelo francês o acusado era colocado em uma situação de inferioridade em relação

1.3.3 O Inquérito contemporâneo: o saber-poder fundado na prognose

O último passo neste tópico é descobrir como se trama, no contexto jurídico-penal do Brasil contemporâneo, o encontro do Inquérito (item 1.3.2) com a *ideologia da defesa social* (1.3.1) e seus reflexos na formulação da Acusação. O ressurgimento do Inquérito na Renascença decorreu de situações políticas e econômicas concretas, em função das quais ele passou a servir de instrumento da Inquisição e de dominação dos Estados emergentes.¹¹⁵ Através dele se começou a conduzir, pela via legitimadora da racionalidade, do saber demonstrativo, a seletividade estrutural do Sistema Penal. Esta seletividade, que não é de forma alguma arbitrária nem acidental, decorre de um processo histórico real de afirmação de um Poder e também da individualização dos *inimigos* deste Poder¹¹⁶, dos quais, segundo este discurso, a Sociedade deve se defender.

A realização de uma investigação histórica sobre quem seriam os atuais inimigos do poder (os setores criminalizados secundariamente),

ao acusador oficial e o juiz exercitava uma atividade de produção de provas, valendo-se, para esse fim, até mesmo da tortura. Além disso, nesta legislação, o processo era escrito, secreto e não contraditório, o que não ocorria com o nosso.”

¹¹⁴ Para um estudo detalhado deste período vide PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. p. 148-160. O Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), ainda vigente, mantém estas mesmas características, mitigadas, evidentemente, pelas regras e princípios de garantia acolhidos na Constituição da República de 1988 e por alterações legislativas posteriores. Também o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009) mantém sistema semelhante, adaptado à nova realidade constitucional. Em ambos tanto a formulação da Acusação quanto a decisão judicial final são decididas com fundamento no *Inquérito*, ritualizado e controlado pelo Estado, de forma a emprestar confiabilidade ao exercício do Poder Punitivo.

¹¹⁵ Assim, o inquérito renascentista foi o principal instrumento de dominação da Inquisição e esta, por seu turno, “(...) foi elemento essencial à consolidação do aparelho de Estado: foi o *melhor auxiliar de Leviatã*, instrumento da monarquia e elemento regulador das relações entre poder real e poder inquisitorial”. Na Europa, a dominação ocorreu pela conjunção funcional entre inquérito (instrumento) com a identificação dos inimigos do Poder (ideologia penal). As forças políticas dos setores mais tradicionais da sociedade, na luta pela manutenção do poder, “(...) fizeram do Santo Ofício – mais do que um Estado dentro do Estado, ou ao lado dele – um Estado *acima* do Estado. O auxiliar tornava-se, assim, mais poderoso do que o principal protagonista”. Os textos entre parêntesis foram extraídos da obra SOUZA, Laura de Mello e. **O diabo e a terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. p. 370, *passim*.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 82: “(...) a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor lhe conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente.”

bem como sobre os fatores determinantes desta seletividade, por si só já se justificaria. No entanto, para manter o foco do presente Relatório, o sucinto apanhado deste item se limitará ao cotejo entre as funções declaradas da pena (identificadas anteriormente como integrantes da ideologia da defesa social) e o Inquérito. A questão central é: para que vem servindo o Inquérito na atualidade?

No seu papel “tradicional” o Inquérito centrava-se na anamnese, na tentativa de se reconhecer a verdade sobre fatos ilícitos que ocorreram no passado. Esta finalidade caía-lhe bem num sistema calcado em teorias absolutas da pena (teoria da retribuição e teoria da expiação). Descobria-se o passado (a infração penal e seu autor) através das provas colacionadas, enquadrava-se o fato ao modelo legal (juízo de adequação típica) e impunha-se a pena ao infrator (que não tinha outra finalidade a não ser a de castigar). No entanto, em um sistema jurídico que acolhe teorias relativas da pena, centradas nas idéias de evitar a prática futura de delitos (prevenção geral e especial), não se tratando a sanção penal de uma necessidade em si mesma e sim um instrumento para evitar a prática de delitos futuros¹¹⁷, o Inquérito deverá constituir mais do que uma reconstituição do passado. Ele precisará ser uma prospecção do futuro.¹¹⁸

No Brasil, como já foi afirmado alhures (item 1.3.1), a legislação buscou conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena com os fins de prevenção geral e especial. Um efeito disso, nas investigações penais, resulta evidente: os atores da justiça criminal, além de investigadores do passado, buscam perspectivar o futuro, mediante sondagens, tentando equacionar de antemão como se comportarão os criminosos reais ou “em tese”, como reagirão às mudanças sociais e econômicas que podem se verificar no futuro (prognose).

¹¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 1 – parte geral. p. 555-561.

¹¹⁸ Nesta linha de pensamento seguem as lições da criminologia tradicional. Hermann Mannheim (1889-1974), criminólogo desta concepção, afirmou: “Importa reter que a exigência de trabalho de prognose aponta decididamente para a adesão a uma filosofia penal não retributiva, mas antes preventiva e ressocializadora. Até certo ponto, a predição pode também ter lugar no quadro dum Sistema Penal retributivo porquanto um dos seus objectivos é o de criar, pelo menos como efeito secundário, um sentimento de satisfação no espírito das vítimas ou dos espectadores do crime. Contudo, o elemento prognóstico responde sobretudo às experiências em que a prevenção e a reeducação são efeitos práticos a atingir com as reacções penais” (MANNHEIM, Hermann. **Criminologia Comparada**. 1. v. Tradução para português de Portugal: J.F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. Título original: *Comparative Criminology* (1965), 1. v., p. 216).

Os objetivos da prognose são, em síntese: (1) permitir ao legislador que pondere o tipo de penas ou medidas penais que mais provavelmente podem realizar a prevenção e redução da criminalidade no futuro; (2) possibilitar que a administração penitenciária avalie concretamente os efeitos das decisões na execução concreta das sentenças judiciais; (3) realizar com base nas conclusões dos estudos de *follow up*¹¹⁹, essencialmente retrospectivos, investigação prospectiva, mediante *tábuas de prognose* (tratamento estatístico dos dados) e estudos biográficos de casos individuais e emprego de métodos tipológicos.¹²⁰

Esta, conforme Foucault, é uma característica do Inquérito que se adapta para atender as exigências da sociedade disciplinar que se forma no começo do século XIX. A indagação continuará sendo necessária ao “esclarecimento” fático que permitirá justificação da incidência do direito penal e a imposição de punição, mas com uma diferença: ela passará a colimar a reeducação do indivíduo infrator e para tanto instaurará formas de controle durante toda a sua existência.¹²¹

Função preditiva, desta forma, se incorpora ao Inquérito tradicional, atrelada às noções criminológicas tradicionais de periculosidade social e Poder correcional. O indivíduo deve ser considerado perigoso socialmente no plano das suas virtualidades e não propriamente no de seus atos, não em torno de uma infração efetiva a uma lei efetiva, mas da potencialidade lesiva que este seu comportamento representa.¹²²

¹¹⁹ Os estudos de *follow up* “procuram examinar a evolução das carreiras delinquentes ao longo de um período de tempo: são dinâmicos, não estáticos. Se concentram sobre pormenores da vida de um indivíduo, assumem a forma de *estudos biográficos de casos individuais*; se, inversamente, têm em vista a experiência de grupos delinquentes, então trata-se de estudos de *follow up* em sentido estrito, que freqüentemente são utilizados como base para a investigação prognóstica” (MANNHEIM, Hermann. **Criminologia Comparada**. v. 1, p. 207).

¹²⁰ MANNHEIM, Hermann. **Criminologia Comparada**. v. 1, p. 216-230.

¹²¹ FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. p. 88: “Tem-se, portanto, em oposição ao grande saber de inquérito, organizado no meio da Idade Média através da confiscação estatal da justiça, que consistia em obter os instrumentos de reatualização de fatos através do testemunho, um novo saber, de tipo totalmente diferente, um saber de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência.”

¹²² FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. p. 85.

Paralelamente ao avanço deste novo modo de saber, no decorrer do século XX, o saber-prognose – que permite ao Estado uma ação *em antecipação* e não somente uma reação ao crime, travaram-se, no campo do direito positivo, lutas pela homologação de significados e significantes dogmáticos do direito penal (teorias da conduta, do crime e da pena) e do direito processual (o embate: “sistema acusatório *versus* sistema inquisitivo”). O objetivo do Estado, entretanto, independentemente dos avanços limitadores dogmáticos, acaba sendo atingido, agora favorecido pelas novas tecnologias de informação como, por exemplo, os bancos de dados oficiais acerca dos investigados. O Inquérito, além da indagação do que foi, tornou-se uma perquirição do que será.

O eixo ideológico da defesa social praticamente não se desloca até este início de século e, especificamente, no que tange à prognose, a indagação agregada ao modo de reconhecimento da verdade futura, foi mantida e aperfeiçoada no Inquérito. Novos sistemas de informação se agregaram aos tradicionais bancos de dados públicos, de modo que hoje, com a tecnologia disponível, é possível “rastrear” os indivíduos e grupos sociais não somente pelo que fizeram (investigando suas infrações), mas também, supostamente, prever o que irão realizar. A justiça criminal permanece, agora, olhando para o futuro, para definir restrições e políticas criminais direcionadas especificamente a determinados grupos sociais, como medidas necessárias à “profilaxia do crime”¹²³ e para impedir a sua pré-germinação¹²⁴.

Isto não quer dizer que o Estado realize esta “função de prognose” de forma eficiente. Remanesce o velho problema constatado desde os primórdios da Criminologia, de que a fronteira entre infratores e não infratores não está marcada tão claramente quanto seria necessário a uma indagação

¹²³ Assim conceituada por Fávero: “A profilaxia do crime visa acorrer com meios adequados que atinjam a etiopatogenia da ação anti-social para reduzir a delinquência genericamente ou especificamente. Encontra seu símile naquilo que a higiene é para as doenças. Inúmeras são as medidas aconselhadas. para reduzir a frequência do crime. Podem ser reunidas em dois grupos: umas que fazem 'prevenção indireta, atingindo o delito em potencial; outras que pretendem fazer prevenção direta, atuando sobre o crime em formação. O delito em potencial deve ser atingido numa obra profilática visando constituição individual e o ambiente em que o indivíduo vive.” (FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal**: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia. 12. ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991, p. 867).

¹²⁴ FARIAS JUNIOR, João. **Manual de criminologia**. Curitiba: Juruá, 1993. p. 221.

profilática, uma vez que a maior parte dos crimes não chega ao conhecimento da justiça e muitos infratores sequer chegam a ser descobertos ou condenados.

É o que constitui a chamada *cifra negra* ou *zona escura da criminalidade*. Por todo o lado os erros judiciários de que são vítimas os condenados fazem com que, muitas vezes, inocentes sejam levados à prisão. Por outro lado, policiais, promotores e juízes não estão em condições de descobrir, acusar e condenar a todos aqueles que cometeram um delito, o que leva a desfigurar a imagem da população não delinqüente, que serve como elemento de compração. (...) No fundo, o que está expresso é que não existe forma de distinguir os criminosos dos não-criminosos, que a criminalidade é um elemento da vida cotidiana, que os muros da prisão separam dois mundos que de fato não se podem separar e que não existe nenhuma particularidade ou característica que diferencia os delinqüentes dos que não o são.¹²⁵

Se isso é assim, o labor investigativo acerca da criminalidade potencial estabelece-se como ferramenta de vigilância virtual, ideológica e tecnológica, que instrumentaliza as Agências do Poder Punitivo e lhes permite transitar também nesta *zona escura da criminalidade*. Os resultados, com efeito, podem variar de acordo com o aparato investigativo e organização (ou desorganização) burocrática de cada Estado.

A atual legislação penal e processual brasileira conforma-se a esta tendência mundial de recrudescimento da vigilância virtual, que pode realizar-se tanto através dos registros (criminais ou não) das classes criminalizadas (estigmatizadas), quanto pelos dados de cada pessoa nos bancos de dados disponíveis para pesquisa.

Com isso, também o debate sobre o valor relativo das funções tradicionais da pena perdeu importância no discurso oficial. Com a crise do sistema prisional abrandaram-se, na prática e na teoria, as idéias de reeducação e ressocialização. A nova economia penal caminha, por um lado, para simples inocuização dos condenados socialmente perigosos através das prisões e, por outro, para a evitação das penas de prisão de curta duração aos

¹²⁵ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. Introdução à criminologia. p. 95.

indivíduos menos perigosos, através de várias medidas penais alternativas ou intituladas “despenalizadoras”.¹²⁶

Nos dois casos o Estado se conserva virtualmente atento aos movimentos do indivíduo e de seu grupo social. No primeiro, dentro dos estabelecimentos prisionais, procurando, de todas as formas, mantê-lo incomunicável com o mundo externo. No segundo, mediante o monitoramento do infrator em liberdade, através de medidas alternativas à prisão ou despenalizadoras. O Estado abre mão da prisão, mas estabelece uma conexão com o indivíduo, para realizar potencialmente a vigilância virtual.¹²⁷

Nesta conjuntura, redefine-se toda a estratégia de estabelecimento da verdade e resgatam-se os axiomas inquisitoriais, pondo no limbo os postulados garantistas recuperados do direito natural e que fizeram parte do “pacote filosófico” iluminista¹²⁸, tudo com vistas à legitimação do exercício do Poder Punitivo. O intervencionismo estatal estabelece-se pelo deslocamento o

¹²⁶ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. p. 203-232.

¹²⁷ Recentemente, em 27 de outubro de 2009, foi apresentado o Plano de Gestão para Funcionamento de Varas Criminais ao Plenário do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no qual se prevê monitoramento eletrônico de presos. Segundo nota publicada no sítio do CNJ na Internet: “Uma das propostas de alteração legislativa diz respeito ao monitoramento eletrônico para o cumprimento da pena em regime domiciliar. Essa alternativa seria utilizada para pessoas beneficiadas com o regime aberto, que geralmente trabalham durante o dia e à noite devem retornar a albergues. Nesse caso, para que o detento possa cumprir a pena em regime domiciliar obrigatoriamente deveria aceitar o monitoramento eletrônico.” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ analisa pacote de medidas para melhoria da execução criminal**. Notícia sobre o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 3 nov. 2009). Sobre as propostas “criativas” para solução do problema de superlotação das prisões, vide também a crítica mordaz de Nilo BATISTA, intitulada “Reforma Penitenciária à Francesa” *In Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

¹²⁸ Esta matriz foi sintetizada por Ferrajoli em dez princípios axiológicos fundamentais, ordenados e atrelados sistematicamente, *seguindo a tradição escolástica* em máximas latinas (as quais não são aqui transcritas em homenagem à concisão do Relatório), na sua definição de *modelo garantista* de responsabilidade penal. Estes axiomas, segundo ele, são as “as regras do jogo fundamental do direito penal”. São eles em resumo: “1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. p. 91).

centro de gravidade do pensamento penal do fato criminoso para o seu autor, passando a imperar a fundamentação preventivo-especial da pena.¹²⁹

Os interesses do Estado brasileiro já não se concentram nas idéias de restauração da ordem jurídica pela punição ou na intimidação geral dos indivíduos que integram o corpo social. A infração penal, nesta lógica, é, acima de tudo, um dano social e o delinqüente é um inimigo interno, um perigo a ser enfrentado, a fim de que não haja colapso da ordem social. Destarte, sendo a prioridade do Sistema Penal a defesa social, há uma concentração de esforços teóricos para se justificar as medidas coercitivas segundo o algoritmo da ressocialização (uma modalidade de defesa). Todavia, em razão da ineficiência gritante do sistema prisional e das demais medidas penais para atingir este objetivo, o próprio sistema se reprograma para adicionar a esta função de “ortopedia social” (Foucault)¹³⁰ o objetivo de neutralização do infrator.¹³¹ Além disso, relativamente aos delitos que têm indicativos de menor periculosidade, estabelece-se um regime diferenciado de controle e prognose, mediante institutos “despenalizadores” ou novas alternativas às penas de prisão. Assim, o esquema do Inquérito no Brasil contemporâneo passa a constituir instrumento essencial do “autoritarismo cool”, a que se refere Zaffaroni¹³², formador de um Sistema Penal

¹²⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. p. 72.

¹³⁰ FOUCAUT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. p. 86.

¹³¹ O penalista Nelson Hungria, que foi membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal Brasileiro de 1940 (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), deixou explícita a sua orientação ideológica da *neutralização* em artigo publicado em 18 de setembro de 1946, no *O Jornal*, sob o título “A repressão penal”, do qual extrai-se o seguinte trecho: “A pena-segregação, a pena castigo, a pena-prisão é o indeclinável meio prático para *neutralizar* o criminoso irreductível por outros meios, posto que se não queira ou não se deva, mesmos nos casos mais graves, ir até a pena de morte. Desacreditadas as sanções religiosas e relaxadas as sanções morais, o receio da pena é, afinal, o irrenunciável meio de ‘coação psicológica’ contra o crime, e a execução da pena é imperioso contragolpe, para afastar da sociedade, ainda que temporariamente, aqueles a quem a esperança de impunidade ou o espírito de rebeldia conduziram à violação da ordem jurídica. O grande erro na debelação ou atenuação da delinqüência não é a conservação do sistema penal tradicional, mas o afrouxamento que a este imprimira um humanismo choramingas, cujo exagero resultara na minoração sistemática das penas e na descontrolada outorga de favores aos inimigos da sociedade.” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Vol. I – Tomo I – Arts. 1º a 10. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 67-68, nota de rodapé.

¹³² A expressão “*autoritarismo cool*” é empregada por Zaffaroni no sentido de opacidade e *frieza* do Sistema Penal. Para este autor, “O signo da legislação autoritária *cool* dos nossos dias é a opacidade, a tristeza, a depressão, a mediocridade, a falta de criatividade, a superficialidade, o

de *periculosidade presumida*, operado principalmente mediante prisões cautelares.¹³³

Vista pelo ângulo da defesa social e da configuração do Inquérito no Brasil contemporâneo, a Acusação traduz este “*autoritarismo cool*”. De forma destacada, isto se revela em algumas condutas/attitudes que se tornaram corriqueiras da atividade acusatória como, por exemplo: a) o abuso das medidas cautelares restritivas de liberdade (por presunção de periculosidade dos infratores) e de outros direitos fundamentais; b) o oferecimento de denúncia com base em investigação policial (ou do próprio Ministério Público) destituída de elementos de prova mínimos para sustentar a Acusação; c) o abuso na capitulação, para bloquear a incidência de determinados benefícios (transação penal ou suspensão condicional do processo) ou para impedir a concessão de liberdade provisória; d) a combinação dos exemplos a e b, isto é, a realização da Acusação sem prova com o fim único de *neutralizar* (prender) certos indivíduos; e) o desprezo pela interpretação dos fatos e do direito conforme a Constituição; f) a supervalorização dos antecedentes criminais nos momentos interpretativos (constitutivos) da Acusação (a prova é dúbia ou o fato praticado é insignificante, mas como o indiciado tem registros de outras passagens policiais ou pela justiça, acusa-se); e g) a realização da convicção acusatória a partir do uso instrumental das vítimas ou de seus parentes feito pelo aparato policial ou pelos órgãos de imprensa.¹³⁴

desrespeito para como cidadão: é simplesmente a decadência. Não existe nela a frontalidade da perversão brilhante do autoritarismo ideológico, mas sim a opacidade frontal da ausência de idéias; é absolutamente *cool*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 80).

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 70-81.

¹³⁴ Sobre abuso de Acusação e de capitulação vide, respectivamente: SOUZA, Alexander Araujo de. **O abuso do direito no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 76-113; e AREND, Márcia Aguiar. **Capitulação Penal: O Poder (in)visível do Ministério Público**. 1998. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 1998.

Capítulo 2

O CAMPO POLÍTICO DA ACUSAÇÃO

2.1 NOVA ECONOMIA, NOVA INSTITUIÇÃO, NOVA ACUSAÇÃO

Na abertura do Capítulo 1 deste Relatório de Pesquisa foi mencionado que o significante “Ministério Público” passou por importante processo redefinitório que revela as opções éticas e políticas do constituinte de 1988. Afirmou-se, ainda, que, “ao menos na letra, o *Ministério Público* não foi apresentado à Sociedade Civil Brasileira como um novo perfil de uma velha instituição, mas sim como uma nova instituição para uma nova economia”¹³⁵. Ao longo da explanação definiu-se Acusação como um exercício de produção de verdade, uma forma de compreensão, uma experiência hermenêutica do acusador. Finalizou-se com um esboço do *habitus* de conhecimento do jurídico-penal da Acusação (dos modos de se pensar “crime”, “criminoso” e “pena”, bem como da funcionalidade do Inquérito com padrão cognitivo), a partir do qual se tornou manifesto que a práxis acusatória brasileira reproduz o autoritarismo *cool* da legislação penal e do Sistema Penal latinoamericano.

Cumpre, diante disso, situar a Acusação no campo político e jurídico contemporâneo brasileiro, isto é, pintá-la no quadro do Estado Constitucional Democrático, a fim de que se evidencie não somente a incongruência entre o modelo autoritário de Acusação e o projeto geral da Constituição da República de 1988 para a atividade acusatória, mas também, e principalmente, neste cotejo, seja aberto um caminho para o estabelecimento de uma *razão acusatória emancipatória* (Capítulo 3). Este é o foco deste Capítulo.¹³⁶

¹³⁵ Vide Capítulo 1, item 1.1.

¹³⁶ No Capítulo 2 condensam-se algumas investigações iniciais sobre as categorias *Estado Contemporâneo* e *Ministério Público*. A primeira, que configura o novo cenário da Acusação, será caracterizada, fundamentalmente, segundo os critérios propostos por Cesar Luiz PASOLD, no Capítulo I no seu livro **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 25-63. A segunda

2.1.1 Dois marcos históricos do Estado Contemporâneo

O ponto de partida para definição da *nova economia* da Acusação é a compreensão do que seja *Estado Contemporâneo*. Pasold situa sob o denominador comum do “*Discurso Constitucional*”, a sua concepção de Estado Contemporâneo, argumentando que o seu surgimento “(...) ocorreu na segunda década do Século XX, em 1917, com a Constituição Mexicana, confirmando-se, logo em seguida, em 1919, com a Constituição Alemã de Weimar.”¹³⁷

Esta assertiva harmoniza-se com a tese de que o reconhecimento histórico dos chamados Direitos Fundamentais se deu no contexto evolutivo constitucional do Estado. Foi o asseguramento dos Direitos Individuais que representou importante divisor da passagem do Estado Absoluto ao Estado Liberal de Direito, no constitucionalismo moderno, como bem ressalta Pasold:

Lembro que o grande avanço do Estado Moderno foi de estabelecer um ordenamento constitucional, no qual os Direitos individuais estavam devidamente especificados e consagrados como “anteparos” aos abusos do Estado anterior, no qual reinava o absolutismo e predominava a vontade e os apetites do soberano, personificado no Rei ou no Imperador, em detrimento dos legítimos anseios e necessidades do Povo.¹³⁸

Observe-se que as teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII inauguraram uma nova fase no Estado Moderno, distinta da sua primeira versão absolutista, justamente para, a partir de uma Constituição, limitar o Poder do Estado. Os Estados liberais modernos nascem do discurso constitucional de proteção do cidadão contra a prepotência do Poder estatal. A Lei Fundamental do Estado (como acordo político fundante) passa a reconhecer, por isso, os Direitos

categoria será trabalhada a partir do texto da Constituição da República de 1988, seguindo-se a mesma estratégia adotada por Pasold para caracterização do Estado Contemporâneo: a apresentação de aspectos conceituais *descritivos* e *prescritivos*.

¹³⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 57.

¹³⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 57.

Fundamentais de Primeira Geração (ou direitos da liberdade ou liberdades públicas).¹³⁹

O Constitucionalismo Social aflora em período politicamente turbulento, de crise do Estado Liberal. Este, sob o discurso de interferência mínima no campo social, lança as bases para a revolução industrial e inaugura um período de acelerado progresso econômico. Em contrapartida, a supervalorização do indivíduo engendra, paradoxalmente, a própria crise do Estado. O individualismo exacerbado conduziu o homem pelas sendas inescrupulosas e egoísticas do capitalismo, e impediu “o Estado de proteger os menos afortunados, sendo causa de crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre”.¹⁴⁰

Santos sintetiza este período descrevendo a atrofia do *princípio da comunidade* e a hipertrofia do *princípio do mercado* que conduziu o *princípio de Estado* a um desenvolvimento ambíguo:

O desenvolvimento do mercado está patente, por exemplo, no surto vertiginoso da industrialização, na crescente importância das cidades comerciais, na primeira expansão das novas cidades industriais. E está ainda patente na conversão da complexa filosofia política liberal num princípio unidimensional, e mesmo assim contraditório, mas politicamente eficaz e afeito a grande divulgação – o princípio do *laissez faire*. Por outro lado, a comunidade, que era em Rousseau uma comunidade concreta de cidadãos tal como a soberania era efetivamente do povo, reduziu-se a um composto de dois elementos abstratos: a sociedade civil, concebida como agregação competitiva de interesses particulares, suporte da esfera pública, e o indivíduo, formalmente livre e igual, suporte da esfera privada e elemento constitutivo básico da esfera civil.¹⁴¹

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55-56.

¹⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 280.

¹⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 1996, p.81.

A crise do Estado Liberal decorre desta anemia conceitual do termo Sociedade Civil, que não contemplou um alargamento no *princípio da comunidade* (a expansão do operariado, por exemplo) embora o tenha feito em relação ao *do mercado* (pelo desenvolvimento espetacular da ciência, que é convertida em força produtiva).

Segundo a idéia liberal, o mercado, como instituição, seria capaz de transformar o interesse individual em interesse social, sem a necessidade da intervenção do Estado. Entretanto, a dilatação do *princípio do mercado* fez com que a “mão-invisível” Estado, concebida para intervir minimamente, tivesse que aparecer justamente para fazer valer o *laissez faire*, mediante crescentes intervenções nas liberdades individuais e econômicas (um ditame do Estado máximo).

Foi este conceito empobrecido de sociedade civil que passou a ser oposto ao Estado, dando assim origem ao que se considera o maior dualismo do pensamento político moderno, o dualismo Estado-sociedade civil. O modo como foi formulado no século XIX este dualismo e a sua articulação como o princípio do *laissez faire* explica a ambigüidade da forma política e da atuação do Estado neste período. É que a ligação orgânica – pressuposta pela matriz política do Estado liberal – entre a lógica da dominação política e as exigências da acumulação de capital, ao longo do século XIX, concretiza-se e fortalece-se através de múltiplas e sucessivamente mais profundas intervenções do Estado. Paradoxalmente, muitas dessas intervenções do Estado são justificadas em nome do princípio do *laissez faire*, um princípio que preconiza o mínimo de Estado (o Estado protetor).¹⁴²

É, pois, da incapacidade do ideal libertário de responder de *per si* ao novo perfil societário – antes, apoiado no modelo de mercado de trabalho predominantemente agrário, agora, industrial e urbano – que levam à “(...) antecipada falência do modelo do constitucionalismo clássico, que começa a tornar-se mais evidente a partir do fim da primeira-guerra e, notadamente, a partir

¹⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** p. 81.

de 1917, quando o sucesso da Revolução Russa e o modo de produção socialista passaram a inspirar e motivar a classe trabalhadora de todo o mundo”.¹⁴³

Inaugura-se no trajeto histórico da modernidade um novo período, a que Santos denomina *capitalismo organizado*, que vai do final do século XIX e chega ao ápice o período entre guerras e nos vinte anos que se seguem ao término da 2ª Guerra Mundial, em oposição ao *capitalismo liberal*, que se estendera praticamente por todo o século XIX (declinando, pelas razões já expostas, nos últimos vinte e cinco anos deste).¹⁴⁴

Nesta fase, nas palavras do referido autor:

(...) o Estado é, ele, próprio, um agente ativo das transformações ocorridas na comunidade e no mercado e, ao mesmo tempo, transforma-se constantemente para adaptar-se a essas transformações. A sua articulação cada vez mais compacta com o mercado evidencia-se na progressiva regulamentação dos mercados, nas ligações dos aparelhos do Estado aos grandes monopólios, na condução das guerras e de outras formas de luta política pelo controle imperialista dos mercados, na crescente intervenção do Estado na regulação e institucionalização dos conflitos entre o capital e o trabalho. Por outro lado, o adensamento da articulação entre o Estado com a comunidade está bem patente na legislação social, no aumento da participação do Estado na gestão do espaço e nas formas de consumo coletivo, na saúde, na educação, nos transportes e na habitação, enfim na criação do Estado-Providência.¹⁴⁵

O Estado-Providência (Estado de bem-estar social ou *Welfare State*) surge da superação da concepção de que a organização da economia se realizaria espontaneamente em toda Sociedade onde o homem

¹⁴³ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92449>>. Acesso em: 24 ago. 2009.

¹⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. p. 79.

¹⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. p. 85.

fosse capaz de se conduzir sob o impulso de seus interesses pessoais. Aporta como um modo de organização estatal baseado no objetivo social predominante, através do qual se pretende realizar e controlar uma política social, econômica e cultural que permita aos integrantes da vida estatal (a Sociedade) aspirar à solução das exigências biológicas mais imperativas e urgentes. E o faz com pretensões de generalidade, porquanto se firma no princípio de que todo membro da comunidade, pelo fato de ser uma pessoa humana, tem direito de participar dos benefícios do bem comum. O bem-estar, que pressupõe um nível mínimo de vida, abaixo do qual não deve estar nenhum ser humano, deve-se estender e sem discriminações a toda a população.¹⁴⁶

Não era mais compatível o antigo trato das relações sociais com o modo de produção capitalista e já não era mais possível obliterar os conflitos. De acordo com Cademartori, a crise do Estado de Direito Liberal se tornou também a crise da lei e do Direito, que se apresentou com duplo aspecto. O primeiro determinado pelo

(...) excessivo relativismo axiológico da lei, que veio a ser somado ao seu acentuado formalismo, terminou por deixá-la isolada da práxis social e econômica. Com isto, ficou patente que um Estado de Direito não podia tão-somente ser concebido como um instrumental técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional na qual ele não conseguisse assumir os cometimentos e formas de atuação próprias de um Estado moldado sob os valores proclamados pelo iluminismo racionalista.¹⁴⁷

O segundo decorreu

(...) da constatação do caráter conflitivo da realidade social em contraposição a uma idéia de Direito neutro frente a tais conflitos. Em outros termos, descobriu-se que a lei também faz parte desse conflito social e, longe de ser produto da vontade geral, ela sim,

¹⁴⁶ PIMENTA, E. Orsis. Dicionário brasileiro de política. Belo Horizonte: Editora Lê, 1982, p. 62 (onde se transcreve conceito de Estado-Providência emitido por H. G. Uribe in **Teoria Política**, Porruá, México, 1977).

¹⁴⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A Discrecionalidade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 62.

era produzida por uma maioria contingente, com interesses específicos e dispersa no espectro social.¹⁴⁸

No berço desta crise do Estado e do Direito, no aflitivo contexto da Revolução Mexicana, a primeira revolução social do século XX¹⁴⁹, cuja etapa armada perdurou 10 anos (de 1910 a 1920), foi promulgada por Venustiano Carranza, em 5 de fevereiro de 1917, a Constituição Política dos Estados Unidos do México¹⁵⁰, a qual com emendas, ainda rege os Estados Unidos Mexicanos, e foi a primeira Constituição da História a incluir os chamados Direitos Sociais em seu texto.

Promulgada dois anos antes da Constituição de Weimar, a Constituição Política dos Estados Unidos do México inovou ao trazer de forma sistematizada, além dos Direitos Fundamentais clássicos à liberdade (civis e políticos, principal preocupação dos Estados liberais, doravante denominados de Direitos Primeira Geração), também os Direitos Sociais (e, por extensão, culturais e econômicos, também chamados de Direitos de Segunda Geração).

Antecipa, em parte, o paradigma das Constituições do segundo pós-guerra, ao reafirmar duas arestas do triângulo da Revolução Francesa – *liberdade* (primeira geração) e *igualdade* (segunda geração) – e lança as bases da *fraternidade* (terceira geração) ao esboçar direitos transcendentais à esfera individual (coletivos e difusos).¹⁵¹

¹⁴⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A Discrecionalidade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. p. 63.

¹⁴⁹ Para um resumo dos eventos que precederam esta Carta (a Revolução Mexicana e os Debates da Constituinte), vide o estudo realizado por PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchnianeri *In A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais*: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. p.107-113.

¹⁵⁰ MÉXICO. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos Y Derechos Humanos. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, 5 de febrero de 1917**. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf>>. Acesso em: 24 nov. de 2009.

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Aula Magna no Supremo Tribunal Federal. Arquivo em vídeo. Disponível em: <<http://leniostreck.com.br>>. Acesso em: 29 out. 2009.

Direitos emergem no mundo concreto do homem, o *zoon politikon*, como expressão gradual nos múltiplos contextos histórico-sociais, inéditas condições de vida e contato com diversos sistemas de valor, por acertos e erros, lutas e consensos, mediante reconhecimento coletivo de que certas normas oferecem maiores probabilidades de se conseguir níveis adequados de qualidade de vida (liberdade, bem-estar, justiça, equidade de tratamento etc.). Não caem no jurídico por obra e graça de alguma divindade, nem são intuídos nem deduzidos racionalmente. Mas se não podem ser produzidos em laboratório pelos filósofos e juristas, em suas estufas teóricas, também não se pode dizer que sejam obra do acaso. São, com efeito, respostas às novas exigências.¹⁵²

No texto original da Constituição Mexicana de 1917 foram confirmados os Direitos de Primeira Geração, que emergiram nas constituições liberais (Título I, Capítulo I, artigos 2º a 26). Foram positivados os neonatos Direitos de Segunda Geração, que tratavam, basicamente, nos artigos 27 (sobre a questão agrária e a propriedade de terras e águas em geral), 28 (a respeito da ordem econômica) e 123 (acerca do trabalho e previdência social) daquela Carta Política, além de outros dispersos ao longo de todo o seu texto¹⁵³, que consubstanciavam os ideais da Revolução Mexicana e a história daquele povo.

Esta conexão é vista num dispositivo vanguardista da referida Constituição, o art. 27, § 3º, no qual se delinearam regras sobre temas que somente se tornariam centrais nas discussões da Sociedade ocidental do final do século XX, como a função social da propriedade, o uso consciente dos

¹⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei Diritti*. p. 5-6: "Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de Segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de Quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação. Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer."

¹⁵³ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. p. 119.

recursos hídricos e preservação dos elementos naturais.¹⁵⁴ A realidade social reclamava uma intervenção forte do Estado. Os camponeses e os índios, dois grupos que viviam em condições paupérrimas, clamavam por justiça social.

Na realidade, apesar de a elaboração de um novo texto constitucional não ter sido, de fato, um dos objetivos da Revolução Mexicana, não é menos exato afirmar que o texto constitucional que sobreveio à dita revolução deu expressão máxima às aspirações por ela reivindicadas. Com efeito, a Revolução Mexicana iniciou-se em 1910, e o período de agitações sociais e políticas no México estendeu-se por quase vinte e três anos após a promulgação da Carta Política de 1917. A Revolução Mexicana mobilizou, em seu processo, milhões de camponeses e índios (estes, despojados que foram de seus “ejidos”) e se insurgia, essencialmente, contra a ditadura do Presidente Porfírio Díaz, que perdurou de 1876 a 1911 e ficou conhecida como “porfiriato”. Porfírio Díaz era apoiado, em seu governo, pelo exército, que possuía o poder de polícia do Estado, pela Igreja Católica, que tinha ampla liberdade de ação, por grandes empresas privadas (inclusive de origem estrangeira) e pelos grandes proprietários de terra, que haviam sido beneficiados com a política de extinção dos ‘ejidos’.¹⁵⁵

¹⁵⁴ O artigo 27, § 3º da referida Constituição tem a seguinte dicção: “A Nação terá a todo o tempo o direito de impor à propriedade privada as finalidades que dite o interesse público, assim como o regular o aproveitamento dos elementos naturais susceptíveis de apropriação, para fazer uma distribuição equitativa da riqueza pública e para cuidar de sua conservação. Com este objetivo se ditarão as medidas necessárias para o fracionamento dos latifúndios; para o desenvolvimento da pequena propriedade; para a criação de novos centros de população agrícola com as terras e águas que lhes sejam indispensáveis; para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos elementos naturais e os danos que a propriedade possa sofrer em prejuízo da sociedade.” Tradução livre do autor do original em espanhol do referido artigo, que tem esta redação: “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.” (MÉXICO. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos Y Derechos Humanos. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, 5 de febrero de 1917**). Outros excertos traduzidos do original podem ser consultados em COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 182-188.

¹⁵⁵ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. p. 108.

Semelhantemente, a Constituição Alemã de Weimar¹⁵⁶ reflete em seu texto a conjuntura econômico-político-social que a determinou. Nasce em período de profundas perturbações sociais. Dividida em duas partes: a primeira, relativa à composição do *Reich* como República e suas responsabilidades; e a segunda, concernente aos *Direitos Fundamentais e Deveres dos Alemães* (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*: artigos 109 a 165). Na epígrafe desta parte emprega-se pioneiramente a locução “Direitos Fundamentais” (*Grundrechte*), referindo-se aos Direitos Humanos constantes na Lei Fundamental de um Estado.¹⁵⁷ Estão contemplados nesta Carta Direitos de Primeira Geração e de Segunda Geração tais como a assistência à família (arts. 119, 120, 122 e 129), os direitos ao ensino e à cultura (arts. 142, 145 e 146), à habitação digna (art. 155), os relativos trabalho (arts. 162, 163 e 165) etc.

Por fim, na Constituição de Weimar há a previsão de proteção a bens de interesse coletivo, como as obras de arte, monumentos históricos e naturais e a paisagem, além do patrimônio cultural alemão¹⁵⁸, idéia que se fixará definitivamente no mundo ocidental com os debates acerca da Sustentabilidade, num sentido amplo, no final do século XX.

As duas Cartas constitucionais apontadas trazem um *plus* em relação àquelas que as precederam: consagram os Direitos Fundamentais de Primeira Geração e agregam os de Segunda Geração (e, ainda que de forma preliminar, alguns de Terceira Geração). E, o mais importante é que torna a Constituição Mexicana de 1917 o ícone do giro paradigmático: “para assegurar a

¹⁵⁶ Datenbank Zur Unterrichtsvorbereitung. **Die Verfassung des Deutschen Reichs**. Texto integral traduzido para a língua inglesa sob o título: The Reich Constitution of August 11th 1919. Disponível em: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Composition>. Acesso em: 24 ago. 2009. Excertos traduzidos do original alemão por Fábio Konder Comparato podem ser consultados em COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 196-199.

¹⁵⁷ Sobre a locução “Direitos Fundamentais” vide: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 51-52.

¹⁵⁸ Paráfrase formulada pelo autor, baseada na versão em língua inglesa mencionada na NR 229, *in verbis*: “Article 150 - Artistic, historical and natural monuments and the landscape enjoy state protection and care. It is task of the Reich to prevent the export of German cultural property into foreign countries.”

efetiva realização desses Direitos estabelece e disciplina a intervenção do Estado nos domínios econômico e social”.¹⁵⁹

Às salvaguardas dos direitos individuais são agregadas atribuições concretas e geradoras de bem-estar social, mediante a intervenção na propriedade e no domínio econômico, o que as separa da idéia de Estado Socialista inspirado na doutrina marxista, que afasta e reprime a iniciativa particular, e reduz o povo unicamente à classe trabalhadora.¹⁶⁰ Neste ponto, precisamente, diferem a Constituição Mexicana de 1917 e a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de janeiro de 1918 e a posterior Constituição Soviética de 10 de julho de 1918¹⁶¹.

A transformação no âmbito da teoria constitucional, encetada por estes dois modelos, possibilitará, no segundo pós-guerra, a consagração do modelo de Estado Constitucional Democrático (Estado Democrático de Direito), caracterizado, principalmente pela força normativa constitucional.¹⁶²

¹⁵⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 57.

¹⁶⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 180: “(...) na Constituição mexicana de 1917 não se fazem as exclusões sociais próprias do marxismo: o povo mexicano não é reduzido unicamente à classe trabalhadora.” No Manifesto do Partido Comunista foram traçadas as linhas-mestras da sociedade comunista, identificando o povo – titular da soberania política – com os trabalhadores, os titulares dos direitos.

¹⁶¹ Vide: LENIN, Vladimir Ilitch. **Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado**. Tradução de Fernando A. S. Araújo de *Obras Escogidas en Tres Tomos* de V. I. Lenin, volume 2, páginas 549-551; publicado pelo Instituto de Marxismo-Leninismo do Comitê Central do Partido Comunista da União Soviética (Gospolizdat, Moscou, 1960). Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/lenin/1918/01/17.html>>. Acesso em: 29 out. 2009; e **Constitution Of The Russian Socialist Federated Soviet Republic - 1918**. Bucknell University (Lewisburg, PA, USA). Disponível em: <<http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1918toc.html>>. Acesso em: 29 out. 2009.

¹⁶² COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 191-193: “(...) malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazifascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho o processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século.”

2.1.2 Sobre o Estado Constitucional Democrático

O referente deste Relatório não comporta a tematização da relevante questão da legitimação-legitimidade destas ordens constitucionais inauguradoras do Estado Contemporâneo. Este problema nuclear da teoria do Estado e da filosofia do direito demanda aprofundamentos outros acerca da própria noção de *constituição* como categoria central da justificação da ordem política e social, que excederiam aos limites deste trabalho.¹⁶³

Por isso, sem que se pretenda explicitar justificações da existência jurídica do Poder sobre os homens e aceitação deste por parte deles, acolhem-se, axiomáticamente, por sua fundamentalidade, as seguintes teses enunciadas por Canotilho¹⁶⁴:

1.5 – O problema central da legitimidade constitucional deve hoje reconduzir-se à explicação dos fundamentos da *dignidade de reconhecimento* de uma ordem constitucional, através da fixação dos fins e tarefas que incumbem ao Estado.

1.6 – Como a legitimação da ordem constitucional comporta sempre o problema da fixação do justo comum e da forma dessa fixação (*processo*), é inaceitável reduzir a legitimidade ao aspecto processual, seja em nome do Estado de Direito seja em nome da

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 18: “O problema nuclear da legitimação de uma ordem constitucional deriva do facto de a constituição, como complexo normativo, consagrar um ‘domínio’ e apontar ‘fins’ políticos. Como se justifica e conserva esse domínio? Pelo ‘poder’? Pelo ‘consenso’? Uma ‘ordem constitucional’ deve ‘construir-se’ através de uma prática comum, conscientemente escolhida, ou deve ‘reconstruir-se’ mediante o estabelecimento de regras e pressupostos de comunicação, de modo a atingir-se um ‘consenso’ entre participantes livres e iguais? E qual o ‘contexto’ para a realização deste consenso? O *statu quo* social? O ‘sistema’? Uma ‘praxis revolucionária’? Qualquer que seja a resposta, o *problema da dignidade de reconhecimento de uma ordem constitucional não é um problema de fundamentação dos ‘fins últimos’, mas o de explicitar, na medida do possível, a ‘pretensão de legitimidade’ através da fixação dos fins e tarefas que incumbem ao Estado e do estabelecimento da forma de derivação do poder estatual.*” Vide também, acerca deste debate: LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 123-132.

¹⁶⁴ As teses citadas encontram-se enunciadas em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. p. 473-474. A tematização respectiva se acha na mesma obra, p. 7-24.

democracia. Afastam-se, assim, as *propostas de reformalização* do Estado Constitucional.

1.7 – A consideração de aspectos processuais e materiais conduz a erigir a *programática* da constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente aceite, em dimensão visível de um *projeto do justo comum e de direcção justa*.

Quando se caracteriza o *Estado Contemporâneo* como *Estado Constitucional*, pressupõe-se a pré-compreensão das teses acima, ou, em outras palavras, que se tenha previamente a noção de que a Constituição não é uma simples *lei* do Estado que justifica a *ordem* deste, organizadora do Poder. Assim,

O Estado Constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “Linha Maginot entre Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como **Estado de direito democrático**, isto é, uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”.¹⁶⁵

Pré-compreende-se, neste passo, com apoio em tais assertivas, a Constituição como sendo a *ordem fundamental jurídica da coletividade* que determina os princípios que dirigem a unidade política e o exercício das atividades estatais. Ela assenta os alicerces normativos sobre os quais se constrói a totalidade da ordem jurídica; nela se acham delineados não somente os procedimentos de superação de conflitos no interior de uma coletividade, mas também, o próprio plano estrutural que lhe dá sentido e configuração jurídica. A este plano estrutural subsume toda atividade de criação,

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 97-98.

validade, execução e, em boa parte, o próprio conteúdo das demais normas jurídicas. A ordem constitucional não admite, por isso, um estado de isolamento entre o Direito Constitucional e os demais setores jurídicos e destes entre si: trata-se de uma *coexistência não-unida*.¹⁶⁶

No campo político, o Direito Constitucional gera as regras de decisão e de atuação política. Esta tarefa criadora, entretanto, orienta-se ao estabelecimento de pontos de referência dirigentes e não pode, destarte, substituir nem suprimir o espaço das forças políticas. Há, na coletividade organizada, numerosas questões que não estão reguladas constitucionalmente e outras tantas que estão previstas unicamente em seus traços gerais. Isto não quer dizer que houve renúncia à tarefa de normatização determinante ou a de atualização concretizadora. Pelo contrário, no mais das vezes, a força constitucional está na livre discussão e decisão das questões políticas. Todavia, para que esta liberdade não acabe se transformando em discursividade monotônica, capaz de excluir a voz das diversas forças políticas, impedindo que na comunidade sejam traçados objetivos alternativos, a Constituição trata de fixar regras materiais, organizacionais e procedimentais para assegurar a participação e equilíbrio político destas forças.¹⁶⁷

No Estado Constitucional Democrático, além deste asseguramento, está prevista a condução suprapessoal do projeto constitucional, através da conformação e estabilização da vida da coletividade. Ao proporcionar visibilidade e inteligibilidade à unidade política do Estado, a Constituição permite a participação política consciente e livre da coletividade, preservando-a, assim, de uma recaída ao *não-formado* e ao *não-diferenciado*. Ela possibilita, em sua função, um processo político livre, constitutivo, estabilizador, racionalizador,

¹⁶⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 37-38. Título original: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.

¹⁶⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 42.

limitador do Poder, sem deixar de preservar e assegurar o exercício da liberdade individual.¹⁶⁸

Reivindica-se, de tal modo, uma postura concretizadora da Constituição, assumida a partir de sua força normativa, em oposição ao costumeado *habitus* de aplicação da lei considerada em seu sentido estrito. Os textos constitucionais posteriores à 2ª Grande Guerra Mundial estampam conteúdos dirigentes, carregados de programaticidade, como as Constituições da Alemanha (1949), da Itália (1948), da Espanha (1978), de Portugal (1976) e do Brasil (1988).¹⁶⁹

No caso do Brasil, apesar de ter se incorporado desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934 o modelo de Estado Social acolhido nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1918, nunca se realizou na prática a “*socialidade*” constitucional projetada.

Os Direitos Sociais – previstos na Carta de 1934, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (e a emenda de 1969), que repetiam os Direitos Sociais de maneira mais estruturada que a Constituição de 1934 –, foram deixados como herança genética à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Daí a pergunta: como pode o Estado, nesse contexto, atuar, intervir para (começar a) resgatar essa imensa dívida social? O

¹⁶⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 42-43.

¹⁶⁹ Vide: ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha** (1949). Título original: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Disponível em <<http://www.brasil.diplo.de>>. Acesso em: 29 ago. 2009; ITÁLIA. **Constituição da República Italiana** (1948). Título original: Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em <<http://www.governo.it>>. Acesso em: 29 ago. 2009; ESPANHA. **Constituição Espanhola** (1978). Título original: Constitución Española de 1978. Disponível em <<http://www.senado.es/constitu/index.html>>. Acesso em: 29 ago. 2009; PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** (1976). Disponível em <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 29 ago. 2009; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

quadro é desolador. Com efeito, nossas classes dirigentes continuam na modernidade arcaica. Com uma indústria que só dispõe de mercado se a renda for concentrada para viabilizar a demanda; uma agricultura eficiente, mas voltada para a exportação, em um país onde 380 mil crianças morrem de fome a cada ano; megalópolis que são incapazes de oferecer os serviços para os quais elas deveriam existir; estrutura de transporte urbano nos moldes dos países ricos, mas que condena, por falta de dinheiro, milhões de pessoas a caminhar como andarilhos medievais, os quilômetros entre suas pobres casas e o trabalho; e obriga aqueles que têm acesso à modernidade, ao desperdício de tempo em engarrafamentos que seriam desnecessários em um sistema de transporte eficiente. Enfim, a modernização é vista independentemente do bem-estar coletivo. Obtém-se um imenso poder econômico, mas ele não consegue resolver os problemas da qualidade de vida. Constroem-se estruturas sociais que, ao se fazerem modernas, mantêm todas as características do que há de mais injusto e estúpido.¹⁷⁰

A programaticidade da Constituição Brasileira de 1988 procura, entretanto, substituir outra programaticidade, herdada dos tempos coloniais e do Império, de cunho conservador e patrimonialista, marcado pela tendência de encobrimento do sentido real dos textos legais, dissimulando as verdadeiras razões políticas para tanto. “Na realidade, há que se asseverar que em terras brasileiras, até mesmo os postulados da mera legalidade formal-burguesa nunca foram fielmente cumpridos.”¹⁷¹

O Estado Constitucional Democrático é, portanto, mais do que Estado de direito, diz Canotilho. “O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimate State power*).”¹⁷²

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 28.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69.

¹⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 100.

Deste modo, a soberania popular traduzida na cláusula “todo poder emana do povo” é o princípio que indica a inalienável ordem de legitimação ao exercício do Poder Político no Estado. Somente ele afirma e assegura o direito à igualitária participação dos cidadãos na formação democrática da vontade popular e estabelece a articulação, através de procedimentos juridicamente regulados, entre o Estado de Direito e o Estado Democrático.¹⁷³

2.1.3 Uma proposta de Caracterização do Estado Constitucional Contemporâneo.

Do que se disse até aqui, acerca do marco político do constitucionalismo social – isto é, sobre a promulgação da Constituição Política dos Estados Unidos do México, em 5 de fevereiro de 1917, confirmada pela Constituição Alemã de Weimar, de 1919 –, é possível caracterizar as diversas Sociedades Políticas, segundo os compromissos formais e materiais destas com as Sociedades Civas a que correspondem.

De acordo com Pasold, foi o Homem, vivendo em sociedade que criou o Estado; logo, como ele “nasce” da Sociedade, deve também “(...) existir para atender as demandas que, permanentemente ou conjunturalmente, esta mesma Sociedade deseja que sejam atendidas” ¹⁷⁴. Nesta afirmação assenta-se a *natureza* e o *caráter instrumental* do Estado: ele existe condicionado pelo compromisso com a Sociedade que o criou (o Estado existe “por causa” e “para” a Sociedade Civil, e não o inverso). Além disso, “O Poder do Estado Contemporâneo é soberano especialmente porque tem a capacidade de atribuir ao seu ordenamento jurídico uma validade peculiar frente a todas as outras ordenações sociais.”¹⁷⁵ Sobre este enunciado repousa a *validade*, *centralidade* e *coercitividade* de suas instituições jurídicas, assujeitadora das outras “normatizações” do corpo social, que é condição de possibilidade daquela instrumentalidade.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 100.

¹⁷⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 45-46.

¹⁷⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 78.

Ainda com fundamento no magistério de Pasold, que examinou de forma apurada os Discursos Constitucionais de 58 (cinquenta oito) Estados contemporâneos, tendo consolidado a sua pesquisa na obra *Função Social do Estado Contemporâneo*¹⁷⁶, organizando as características gerais destes Estados, sob os pontos de vista *descritivo* e *prescritivo*¹⁷⁷, visando à compreensão integrada do tema, foi elaborada a tabela abaixo, com questões específicas¹⁷⁸:

ESTADO CONTEMPORÂNEO		
COLUNA I CRITÉRIO DESCRITIVO		COLUNA II CRITÉRIO PRESCRITIVO
L1	(a) O Estado está conformado juridicamente por uma Constituição e por leis infraconstitucionais?	(a) As conformações jurídicas do Estado guardam relação fiel com a realidade que pretendem representar?
L2	(b) No Discurso Constitucional o Estado está submetido à Sociedade Civil?	(b) Os mecanismos políticos destinados a manter a submissão do Estado à Sociedade Civil são operantes?
L3	(c) Os compromissos do Estado com a consecução dos objetivos da Sociedade Civil estão formalizados no texto da Constituição?	(c) O aparelhamento institucional e administrativo necessário à realização dos compromissos constitucionais do Estado para com a Sociedade Civil é eficiente (operante)?
L4	(d) Há na Constituição a previsão de uma estrutura burocrática tentacular de agências para o exercício ampliado das funções estatais?	(d) A burocracia do Estado (conjunto tentacular de agências) está submissa às demandas, em função da realidade, para que estas sejam atendidas com presteza e eficiência (operosidade)?
L5	(e) Juridicamente o Estado tem potencial de manter relação econômica com outros Estados no mundo globalizado?	(e) As ações do Estado dão primazia ao <i>humano</i> , pela submissão do <i>econômico</i> à força dos interesses da Sociedade?

¹⁷⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 37.

¹⁷⁷ Pasold alicerça sua proposta de classificação neste duplo aspecto, preconizado por Norberto BOBBIO no livro **Teoria das Formas de Governo**. 10. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 2000, p. 33-34, segundo quem "(...) todas as teorias sobre as formas de governo apresentam dois aspectos: um **descritivo**, o outro **prescritivo**. Na sua **função descritiva**, o estudo das formas de governo leva a uma tipologia-classificação dos vários tipos de constituição política que se apresentam à consideração do observador de fato, isto é, na experiência histórica. "(...) No entanto, não há tipologia que tenha exclusivamente uma função descritiva. Ao contrário do botânico, que só se interessa pela descrição, evitando escolher entre as várias espécies descritas, o escritor político não se limita a um exercício descritivo: ele postula, geralmente, um outro problema - o de indicar, de acordo com critério que difere naturalmente de autor para autor, quais das formas descritas são boas, quais delas são más; quais as melhores e as piores; por fim, qual é a melhor de todas, e a pior. Em suma, não se limita a descrever, isto é, a expressar um julgamento de fato; sem o perceber exatamente, exerce também uma outra função — a de exprimir um ou mais julgamentos de valor, orientando a escolha por parte dos outros. Em outras palavras, **prescrevendo**. Como se sabe, a propriedade de qualquer **juízo de valor** na base da qual achamos que alguma coisa (uma ação, um objeto, um indivíduo, formação social) é boa ou má é a de exprimir uma **preferência**, com a **finalidade de modificar o comportamento alheio no sentido por nós desejado**." (Os grifos não constam do original).

¹⁷⁸ Estas questões foram elaboradas a partir da concepção de Estado Contemporâneo apresentada por Cesar Luiz PASOLD no seu **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 56-62.

As questões estão conectadas por linhas de correspondências recíprocas (*L1, L2, L3, L4 e L5*). Na *Coluna I* são arroladas as perguntas relativas ao caráter *formal* do Estado e a elas estão ligadas às da *Coluna II* que dizem respeito aos seus *aspectos materiais*. *L1* refere-se à *juridicidade*; *L2* à *submissão à Sociedade*; *L3* ao *comprometimento com a Sociedade*; *L4* à *eficiência burocrática*; e *L5* à capacidade de *relacionamento econômico nos processos de globalização*.

Há uma organicidade nas características, de modo que são também possíveis as correspondências de uma questão da *Coluna I* com qualquer questão da *Coluna II* e entre as questões de cada Coluna entre si. Por exemplo, se a indagação for acerca da operosidade do aparato burocrático do Estado (*d'*), num primeiro momento deve ser questionada existência de previsão constitucional e legal deste aparato (*d*); mas, conforme se der a análise, o acento poderá recair sobre a relação que este tem com a conformação jurídica do Estado, no seu conjunto, isto é, a relação que este aparato (uma parte) tem com o ordenamento jurídico formal (o todo), num juízo de integridade. Assim, com fundamento nesta organicidade é possível formular uma questão mais complexa como, por exemplo: como a agência burocrática “X” do Estado tem agido para atender, de forma constitucional/legal, no seu âmbito de atribuições, aos interesses da Sociedade?

Advirta-se que tabela é meramente esquemática. As questões nela sugeridas não excluem outras que possam ser aduzidas com base em outros critérios e conceitos, porquanto não há consenso entre os estudiosos do Estado quanto aos elementos característicos do Estado Contemporâneo. Também não se pretende, com as questões, adotar um método – um *caminho lógico* – para verificar se as diversas Sociedades Políticas se enquadram como Estado Contemporâneo.

Esta classificação se deu previamente, com base apenas nos Discursos Constitucionais dos Estados contemporâneos investigados por Pasold. Logo, todos estes Estados, de forma mais ou menos profunda, “qualquer que seja a opção ideológica que os fundamente” trabalham balizados por uma

“atitude constitucional comum em direção à Função Social.”¹⁷⁹ Não há relativamente a qualquer Estado a possibilidade de resposta “sim” para todas as perguntas, pois este “sim” corresponderia a uma *utopia*, um “lugar” político inalcançável. Da mesma forma, não é plausível o “não” a todas as perguntas, porque isto significaria a completa negação do Estado (um não-Estado), o que, no estágio histórico atual da nossa civilização, sem o fim da sociedade de classes, significaria uma *distopia* (a vida numa Sociedade Civil idealmente indesejável).

As respostas às questões podem demonstrar uma determinada *tendência* de um Estado em particular num dado momento histórico. São, portanto, *variáveis axiológicas* e não de mero reconhecimento de presença ou ausência de requisitos. A complexidade das demandas de um Estado não permitiria tal redução simplista. Pode-se, entretanto, pontualmente, diante das notas predominantes da realidade, afirmar que determinado Estado, embora tenha passado no papel da Constituição para o Estado Social, ainda permaneça, sob certo aspecto, acentuadamente amarrado ao paradigma de Estado liberal-burguês.

Este foi o caso do México nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição, em 1917¹⁸⁰, e é o caso do Brasil, que apesar dos Direitos Sociais previstos em várias Constituições, ainda não conheceu o Estado Social. E mais, pode-se, ainda, com base na resposta, intuir que a minimização do Estado, nesta etapa da nossa História, agravaria e aceleraria o desastre social brasileiro.

¹⁷⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. ver. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC editora, 2003, p. 37.

¹⁸⁰ Em 1917 Venustiano Carranza promulgou a Constituição Mexicana, mas dois anos mais tarde esta Carta ainda era completamente ignorada pelo seu próprio governo, tendo o país prosseguido em guerra civil até 1920, quando Carranza foi deposto e assassinado, e, em seu lugar, assumiu a Presidência o general Álvaro Obregón, que, enfim, consolidou a revolução. (Cf. PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. p. 120).

2.1.4 O Brasil como Estado de Direito Constitucional Democrático

Do ponto de vista *descritivo* pode-se afirmar que o Brasil se enquadra no modelo de Estado Contemporâneo. Encontra-se conformado juridicamente pela Constituição de 1988 e por leis infraconstitucionais (a). Trata-se de um Estado constitucional com ordem de domínio legitimada pelo povo, conforme estabelecido expressamente no discurso da Constituição: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”¹⁸¹ Em outras palavras, a legitimação do exercício do *Poder Político* decorre deste princípio de *soberania popular* (b). Além disso, há no texto da Constituição de 1988 compromissos expressos com a consecução dos objetivos (fundamentais) da Sociedade Civil (c), tais como: a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária; a promoção do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁸² Ainda, no corpo da Carta Maior brasileira, existe a previsão de uma ordem administrativa, organizada burocraticamente, com vistas à consecução daqueles objetivos (d)¹⁸³. Por fim, a Constituição viabiliza potencialmente o estabelecimento de relações econômicas com outros países, mediante a integração do Brasil com outros Estados (e).

Sob o ponto de vista *prescritivo*, porém, o Brasil ainda está longe de incorporar os ideais do Estado Constitucional Democrático (ou de instituir-se, na prática, como “*Estado Democrático de Direito*”, para empregar a expressão usada na própria Constituição de 1988, no seu Preâmbulo e na cabeça do seu art. 1º). Tanto no que se refere às conformações jurídicas (a’) quanto no

¹⁸¹ CRFB, art. 1º, parágrafo único.

¹⁸² CRFB, art. 3º, incisos I a IV. Também do preâmbulo consta a declaração: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (grifos não fazem parte do texto original).

¹⁸³ CRFB, Título III – Da organização do Estado.

que tange aos mecanismos político-constitucionais de submissão do Estado à Sociedade (*b'*), o Brasil tende a se assentar na práxis do paradigma de Estado liberal-absenteísta.

Em verdade, há no Brasil uma tendência herdada desde os tempos do império de “encobrir” o sentido real da Constituição, resignando-se a um papel secundário na esfera jurídica e que tende a tornar baixa a densidade normativa dos textos de nossas Constituições. Esta “baixa constitucionalidade” torna obscuro os sentidos estabelecidos pelos preceitos constitucionais e não permite o “acontecer” da Constituição, que, no mais das vezes, cede sua supremacia aos Códigos, como se ela (a Constituição) fosse uma “maligna influência” para o ordenamento jurídico. Deveras, não é raro encontrar nos repertórios jurisprudenciais de nossos Tribunais, decisões que, ao invés de interpretar o Código – ou a lei infraconstitucional – em face da Constituição, inexplicavelmente executam o inverso.¹⁸⁴

Este quadro de “baixa constitucionalidade” se reflete no *habitus* das Agências estatais (aparato burocrático) que, na sua funcional desfuncionalidade, ainda se regem pela matriz liberal patrimonialista. Nestas, os operadores jurídicos, convertidos em elite tecnoburocrática do Poder, por estarem comprometidos com a preservação do *status quo* (deles e das elites que estrategicamente os arranjaram no campo jurídico), reforçam as linhas de separação entre dominantes e dominados.

O processo histórico nacional evidencia que as instâncias de Direito Público jamais foram resultantes de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, pois a evolução destas foi fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais. Em suma, a falta de tradição verdadeiramente democrática nos liames do que se convencionou chamar de “liberalismo burguês”, fez com que inexistisse – na evolução das instituições do país – a consolidação e a constância de um Constitucionalismo de base popular-burguesa, pois, tanto o

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio:**a hermenêutica e a (in)determinação do direito. p. 69-70.

político quanto o social foram sempre construções momentâneas e inacabadas das oligarquias agrárias.¹⁸⁵

Esta dissociação entre os compromissos formais do Estado e a consecução dos objetivos da Sociedade determina seu o afastamento dos legítimos interesses das grandes massas populares, o que não raras vezes acarreta a preponderância do elemento econômico sobre o humano.¹⁸⁶

2.2 MINISTÉRIO PÚBLICO: A (NOVA) INSTITUIÇÃO INCUMBIDA DA ACUSAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Depois de assinalar que o arranjo do aparato burocrático estatal deve manter, no campo jurídico, estreita relação com a realização das funções sociais do Estado, é possível aprofundar ainda mais os questionamentos sobre a Acusação. Que formulação ela deve ter no Estado Brasileiro Contemporâneo para que os objetivos da Sociedade sejam atingidos?

Evidentemente, há no texto constitucional, especialmente no capítulo correspondente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (CRFB, Título II, Capítulo I, art. 5º), garantias fundamentais do indivíduo que implicam restrições e vedações ao modo de se compor a Acusação. Entretanto, o olhar que se pretende lançar neste item, sem que isto signifique desprezo àquelas garantias, tem outra perspectiva. Propõe-se que se olhe para a Acusação sob o ponto de vista da “localização” da função acusatória criminal no projeto da Constituição de 1988. O mesmo Discurso Constitucional, antes assumido de uma forma mais aberta para identificar as características do Estado Contemporâneo, agora permite que se conclua que o núcleo conceitual da Acusação não poderá ser achado senão justaposto ao órgão que a deva exercer. A compreensão da

¹⁸⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. p. 116.

¹⁸⁶ Pasold afirma que “(...) em decorrência da internacionalização da economia (e da globalização) sob o princípio (discutível) de que as *“nações não podem viver isoladas mais eficientemente do que os indivíduos”*, e numa desnacionalização do fluxo internacional de bens, crescentemente dirigido pelo que se convencionou denominar *multinacionais*, prospera em muitos Estados Contemporâneos, a mentalidade da primazia absoluta do econômico, em detrimento das contundentes questões sociais e ecológicas” (PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 61).

Acusação está jungida à compreensão da Instituição acusadora, suas características e fins específicos.

No caso do Brasil há uma relação essencial estabelecida pelo art. 129, Inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Ministério Público, *in verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (...)”.

Isso significa que deve ser procurada a definição da Acusação na definição da Instituição que a deve formular, enunciada na CRFB, art. 129, “caput”: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Aqui habitam duas definições importantes: uma *descritiva* e outra *prescritiva* (seguindo-se a oportuna lição de Pasold, fundada em Bobbio, já referida anteriormente)¹⁸⁷, as quais serão abordadas nos tópicos a seguir.

2.2.1 Uma definição descritiva de Ministério Público

Sob a perspectiva *descritiva* o Ministério Público se constituiu com duas características basilares, que se relacionam à sua natureza: ele é: *instituição permanente* (1) e *essencial à função jurisdicional do Estado* (2).

Como *instituição* (palavra que etimologicamente vem do latim *institutio,ónis*, disposição, formação, criação), o Ministério Público se acha conformado como um conjunto de órgãos, criado pela ordem constitucional, orgânico-institucionalmente referenciado¹⁸⁸ à estrutura burocrática tentacular do Estado (*d*), conformado por um sistema público de regras (Constituição, leis e outros textos normativos) que define cargos e posições funcionais auxiliares (*a*), com seus direitos e deveres, poderes e imunidades¹⁸⁹, incumbido de certas

¹⁸⁷ Vide nota de rodapé n. 179.

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 557

¹⁸⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p 58: “Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e

funções estratégicas¹⁹⁰, relevantes à consecução dos fins do Estado, submetido à Sociedade Civil (b) e aos seus interesses (c).¹⁹¹

O Ministério Público está estabelecido de forma *permanente*, isto é, juntamente com as Forças Armadas, que também são definidas como *instituições permanentes* (CR, artigo 142, *caput*), com a polícia federal, a polícia rodoviária federal e a polícia ferroviária nacional, que são *órgãos permanentes* (CR, artigo 144, §§ 1º, 2º e 3º), compõe o núcleo rígido estratégico de defesa estatal, ligado principalmente à preservação da própria República; por isso, é atentado direto contra o Estado e à Democracia qualquer tentativa de esvaziá-lo funcionalmente, quer pela escavação interna de suas atribuições, que não podem ser suprimidas ou transferidas a outros órgãos, quer pela negativa de condições materiais ao exercício de seus misteres.

Teleologicamente o Ministério Público está configurado como *essencial à função jurisdicional do Estado*, isto é, a sua existência transcende à sua realidade material e burocrática de agência estatal e está determinada por esta finalidade última, ditada pelos interesses da Sociedade Civil. Não se quer dizer que toda a sua atividade esteja voltada para o exercício de funções perante o Poder Judiciário. Pelo contrário, acolhendo um conceito amplo de *função jurisdicional*, que corresponde à forma de organização do Estado brasileiro atualmente, deve-se entender que estão incluídas também as atividades que impliquem o exercício desta função, ainda que pelos Poderes Legislativo e Executivo, atipicamente¹⁹².

deveres, poderes e imunidades etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações.”

¹⁹⁰ Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados e Distrito Federal (art. 42); o Ministério Público (art. 103-B, XI; art. 127, “caput”; art. 129, “caput” e § 2º; art. 130-A, § 2º, III); Advocacia-Geral da União (art. 131, “caput” e § 2º); Defensoria Pública (art. 134, “caput”); Forças Armadas: Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142, “caput”).

¹⁹¹ As letras entre parêntesis e em itálico neste item e no próximo se referem às questões da tabela constante no item 2.2.

¹⁹² Vide BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” Direitos e Acesso à Justiça**. p. 169-175.

Observe-se que a Defensoria Pública também foi instituída pela Constituição de 1988 com a mesma descrição finalística: “Art. 134. A Defensoria Pública é *instituição essencial à função jurisdicional do Estado*, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Diferem as duas instituições, no entanto, pelos *elementos prescritivos* de suas definições, ou seja, por suas incumbências. A Defensoria Pública existe para “*orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*” e o Ministério Público para “*a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. Da mesma forma, a Advocacia Pública (artigos 131, e seus §§, e 132) apesar de não trazer nestes artigos idêntico enunciado, tem este mesmo *cerne constitucional*, porquanto é instituição que está justaposta àquelas no Capítulo IV – *Das Funções Essenciais à Justiça*. As três, portanto, estão previstas como paracletos¹⁹³ junto aos três Poderes do Estado (Título IV).

Destarte, a essencialidade destas instituições à *função jurisdicional do Estado* se dá numa acepção de *organicidade referenciada* a esta, no seu conjunto, judicial ou extrajudicialmente, num amplo espectro de atividades. É neste “existir para a Justiça” que reside a “essencialidade” destas instituições e não na presença delas em todos os atos procedimentais que impliquem jurisdição. Não se confunde *essencialidade à jurisdição* com *indispensabilidade nos processos*. A *função jurisdicional* (no singular, numa clara referência ao *todo da Justiça* estatal) está essencialmente conectada aos órgãos que estão funcionalmente orientados às suas finalidades. Compreende-se que há um vínculo de coerência das partes (as instituições em foco) com o todo do sistema de Justiça do Estado brasileiro. A parte está voltada para as finalidades do todo e o todo não pode prescindir estruturalmente da parte.

¹⁹³ Do grego gr. *paráklētos, os, on*, “chamado para estar ao lado”, de onde, deriva o emprego ao advogado, defensor, intercessor em geral (Conforme PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. p. 431).

2.2.2 Uma definição prescritiva de Ministério Público

Do ponto de vista *prescritivo* o Ministério Público tem por incumbências a defesa *da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis*.

Como defensora da ordem jurídica a instituição Ministério Público tem, antes de tudo, compromissos com o princípio do Estado de Direito e suas dimensões.¹⁹⁴

Que dimensões são estas?

Para Canotilho são três as dimensões: a da *juridicidade*, a da *constitucionalidade* e a dos *direitos fundamentais*.

A idéia de *juridicidade* envolve compromissos com a *medida do direito* (matéria, procedimento e forma), com o espaço de autonomia do indivíduo (*distanciação* e *diferenciação* do indivíduo) e com a idéia de justiça (*Estado de Direito justo*).

Primeiramente, quanto à *dimensão da juridicidade* deve-se compreender que “O princípio do estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do estado”¹⁹⁵. O Estado deve exercer os seus poderes nos limites postos pelo direito.¹⁹⁶

Em segundo lugar, o Estado de Direito é referenciado à personalidade dos indivíduos, nos seus espaços subjetivos de autonomia. Isto quer dizer que, além da proteção e defesa da pessoa humana (os direitos,

¹⁹⁴ Princípio implícito na tabela do item 2.2 – perguntas (a) e (a’).

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 243.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 243: “O direito compreende-se como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições. Articulando medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, medida material e forma da vida coletiva (K. Hesse).”

liberdades e garantias pessoas frente ao poder estatal e aos seus concidadãos) mediante proibições (função negativa), há uma orientação para (re)afirmação destes direitos, mediante a promoção humana (função positiva).¹⁹⁷

Em terceiro lugar, há um compromisso com o *Estado de Justiça*, definido por Canotilho como um Estado de Direito justo, entendido como aquele no qual são observados e protegidos os direitos, inclusive os das minorias; no qual há equidade, justiça social, igualdade.¹⁹⁸

Estes três aspectos da *juridicidade* são significativos para aclarar o âmbito hercúleo da incumbência do Ministério Público como defensor da ordem jurídica. Não se trata de uma defesa qualquer. Não é a Instituição mera guardiã técnica da ordem jurídica no Estado de Direito. Conforme foi exposto, o seu comprometimento é com o direito como medida material e formal limitadora do Poder estatal, asseguradora e respeitadora da individualidade (personalidade) e, sobretudo, com as conquistas civilizatórias realizadoras da igualdade. Menos do que isto é acolher um conceito mutilado de Estado de Direito, preso ao modelo de Estado Liberal, no qual a “lei deixou de ser um mecanismo de salvaguarda

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 244: “As regras de direito estabelecem padrões de conduta ou comportamentos (direito objetivo), mas garantem também a distanciação e diferenciação do indivíduo através do direito perante os poderes públicos, assegurando-lhes um estatuto subjetivo essencialmente constituído pelo catálogo de direitos, liberdades e garantias pessoais. O estado de direito é uma forma de estado de distância (Kloepfer), porque garante os indivíduos perante o Estado e os outros indivíduos, além de lhes assegurar, positivamente, um irreduzível espaço subjetivo de autonomia marcado pela *diferença* e *individualidade*. A caracterização do estado de direito como ‘estado de diferença e distanciação’ através do direito não significa uma antinomia entre direito e estado, pois a função do direito num estado de direito material não é apenas negativa ou defensiva, mas *positiva*: o direito deve assegurar, também, positivamente, o desenvolvimento da personalidade, conformando a vida social, econômica e cultural.”

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 245: “O direito informa que a juridicidade estatal aponta para a idéia de *justiça*. O que é que faz a diferença entre um *estado de direito* e um *estado de direito justo*? A resposta depende da **esfera de justiça** que se pretenda reconhecer. **Estado de justiça** é aquele em que se observam e protegem os direitos (rights) incluindo os direitos das minorias (Dworkin). *Estado de Justiça* é também aquele em que há equidade (fairness) na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade (Rawls). *Estado de justiça* considerar-se-á ainda o ‘estado social de justiça’ (*justiça social*) em que existe igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades (Marx). Embora a idéia de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente (embora com ela não se identifique) uma idéia de **igualdade**: ‘direitos a ser considerado como um igual’ (Rawls), ‘direito a ser titular de igual respeito e consideração’ (Dworkin), ‘direito a iguais atribuições na comunicação política’ (Ackerman, Habermas), ‘direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei’”.

frente ao Estado e se transformou em mecanismo de legitimação do Poder Político e expressão da vontade estatal”¹⁹⁹.

A *dimensão da constitucionalidade*, por sua vez, envolve mais do que a idéia de superordenação da Constituição às leis ordinárias e aos atos de poderes (constituição estatutária ou orgânica²⁰⁰). Consoante o magistério de Canotilho:

O estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual a aos atos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘primado do direito’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.²⁰¹

Esta normatividade jurídico-constitucional é impostergável e deve exteriorizar-se de forma dirigente e compromissária, não somente pela vinculação formal e material do legislador infraconstitucional à Constituição, mas também pela “conformidade intrínseca e formal de todos os atos dos poderes públicos (em sentido amplo: estado, poderes autônomos, entidades públicas) com a constituição”²⁰². Isto faz com que as agências do Poder estatal devam não apenas manter-se no círculo da constitucionalidade e legalidade, mas também guardar uma conduta proativa e transformadora.²⁰³

¹⁹⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. p. 65.

²⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 66-68.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 245.

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 246.

²⁰³ Conforme STRECK, Lenio Luiz *In Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas - Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33-34, “No Brasil – e aqui aparece mais claramente

Isso somente é possível com o comprometimento de quem opera o direito (“opera” não num sentido técnico, reprodutor, perpetuador do atual estado de injustiça) estando ciente de que as violações por omissão são tão inconstitucionais quanto as violações por ação.²⁰⁴

A dimensão dos *direitos fundamentais* se refere à posição dos direitos humanos no sistema normativo, isto é, ao reconhecimento destes no meio social e o seu caráter de obrigatoriedade, decorrente do texto constitucional. É de Sarlet o seguinte conceito:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).²⁰⁵

a necessidade de uma *Teoria da Constituição (Dirigente) Adequada* –, a Constituição aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para mudança da sociedade pelo direito (nesse sentido, o núcleo político essencial da Constituição que aponta para a construção de um Estado Social). É, pois, uma pauta para a alteração das estruturas sociais, uma vez que a Constituição do Brasil reconhece as desigualdades, colocando à disposição no pacto social (*We the people...*) os mecanismos para alcançar esse desiderato. Trata-se de uma cláusula transformadora permanente, isto é, a Constituição do Brasil vai incorporar os conflitos que antes eram ignorados pelos juristas.” Porquanto “A Constituição não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no artigo 3º da nossa Constituição, que encarna a obrigação da construção de um estado social. E nisso reside o papel transformador do direito e do Estado, assim como a necessidade da rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito.” (p. 35).

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas - Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. p. 36: “A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que, em mais de cinco séculos de existência, produziu pouco democracia e muita miséria, fatores geradores de violência institucionais (veja-se a repressão produzida pelos aparelhos do Estado) e sociais (veja-se o grau exacerbado da criminalidade).”

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77.

Unidas as três dimensões supra referidas formam a primeira secção do eixo de defesa do Ministério Público: a *defesa da ordem jurídica*.

A segunda secção – *defesa do regime democrático* – depende da noção de Democracia que se pretenda reconhecer. Novamente, como ponto de partida, deve se tomar o Discurso Constitucional. Embora a *história das idéias* sobre Democracia não deva (nem possa) ser ignorada, diante da multiplicidade de idéias opostas sobre o que seja Democracia, o significado decisivo somente pode ser alcançado a partir da forma como ela é pressuposta na Constituição²⁰⁶.

Não há, atualmente, quem não se proclame democrático e cada um procurará segundo sua matriz teórica apresentar as suas idéias e dar as mais variadas interpretações e concepções às categorias *Democracia*, *princípio democrático* e *regime democrático*. Estas idéias devem ser deixadas para a discussão política livre, pois é da natureza da Democracia a contraposição das diferentes idéias²⁰⁷.

Centra-se, por isso, a discussão sobre este tema nos traços fundamentais do *regime democrático*, do qual o Ministério Público foi guindado à condição de defensor. A exposição tem este foco restrito, não se pretendendo ir além do que está normatizado na Constituição.

A República Federativa do Brasil, segundo a definição do próprio texto da Constituição de 1988 é (*constitui-se em*) Estado Democrático de Direito (CR, art. 1º, *caput*). No mesmo artigo, no seu parágrafo único, é declarado o fundamento dos fundamentos (incisos I a V) da República: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” As considerações deste tópico ficarão adstritas a esta base, que é ao mesmo tempo alicerce e limite conceitual jurídico-constitucional (e sob esse aspecto um princípio) do regime democrático.

²⁰⁶ HESSE, Konrad. **Fundamentos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. P. 115.

²⁰⁷ HESSE, Konrad. **Fundamentos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 117.

A expressão *regime democrático* aparece apenas três vezes na Constituição de 1988: no artigo 17, “caput”, referindo-se aos limites da liberdade partidária²⁰⁸; no art. 34, VII, letra “a”, que estabeleceu exceção à regra da não-intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal²⁰⁹ (ali, denominado de “princípio”); e para incumbir o Ministério Público da sua defesa, no artigo 127, *caput*. No entanto, de inúmeras passagens da Constituição podem ser renderizadas consequências normativas, teóricas e dogmáticas decorrentes da adoção do regime democrático.²¹⁰ Assim sendo, o regime democrático configura o norte magnético da produção, compreensão (interpretação) e aplicação do direito.

A existência de uma instituição defensora do regime democrático pressupõe que se tenha deste o conceito ampliado, acima mencionado, e não a conotação restrita e formal de “regra da maioria” ou “regras do jogo político”. No dizer de Espíndola:

Hoje se firma no pensamento político a idéia de que a democracia pressupõe a crença, a convivência e os costumes sociais e políticos perspectivados sob o apanágio, a inspiração de valores: valores éticos, políticos e jurídicos. Ou seja, a democracia orientada segundo diretivas axiológicas e normativas. A democracia como um conjunto de idéias, de ideais, de princípios (éticos, políticos e jurídicos), ordena a vida do povo e os fins da ação pública do Estado.

É a democracia fundada na idéia do consenso estabelecido não só pela confluência do número de decisores, mas também pela eleição e autovinculação do consenso em torno do razoável; do

²⁰⁸ *In verbis*: “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o **regime democrático**, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana” (sem grifos no original).

²⁰⁹ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes **princípios** constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e **regime democrático**; (...)” (sem grifos no original).

²¹⁰ Como, por exemplo, no preâmbulo e nos artigos 1º, V; 5º, VIII; 7º, XI, última parte; 10; 11; 14; 17; 23, I; 27; 29, I; 34, VII, letra a; 45; 46; 47; 58, § 1º; 77; 81; 90 II; 96, I, letra a, primeira parte; 103; 127, *caput*; 206, II, III, primeira parte e VI. Nestes e em outros dispositivos, tem-se a democracia como “princípio normativo heterodeterminante da ordem jurídica globalmente considerada” (Conforme ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais**: notas de reflexão no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da UFPR, v. 38, 2003. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1757/>>. Acesso em: 1 nov. 2009).

razoável como o racionalmente aceito como bem de todos, em todos os tempos e lugares, para verificação, em cada tempo e lugar, daquilo que pode, concretamente, ser feito a bem do maior número possível.

E essa idéia do razoável fundando o consenso instituinte da democracia contempla a idéia da democracia justa, da democracia edificada e vivida sob a égide dos direitos humanos; direitos humanos cujo fundamento seria a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum dignidade de pessoas humanas.²¹¹

A atividade do Ministério Público, portanto, liga-se às ações assecuratórias da participação popular na escolha dos representantes do povo e na edição de leis, ao trabalho constante para preservação do princípio da separação de poderes, à busca incessante de efetivação (concretização) dos direitos fundamentais, às ações em defesa das minorias e destinadas a assegurar-lhes voz nas decisões políticas etc.²¹²

A terceira seção do eixo de defesa está insculpida no art. 127, caput, da Constituição da República de 1988²¹³, que estabelece como incumbência institucional do Ministério Público, como desdobramento lógico da defesa da ordem jurídica e do regime democrático (campo jurídico-político), um papel preponderante na concretização de *interesses sociais e individuais indisponíveis*.

Interesse, do latim *interest* (“ser de importância para”, “importar”) ²¹⁴, indica tudo o que é importante, útil ou vantajoso, moral, social ou materialmente. É neste sentido, um termo mais amplo do que “direito”, que pode ser entendido como o *interesse revestido de juridicidade*. Os interesses cobrem-

²¹¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais**: notas de reflexão no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro. p. 7-8.

²¹² GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48-49.

²¹³ Reproduzido no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.625/1993 (BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 30 out. 2009).

²¹⁴ KOEHLER, H.. **Pequeno Dicionário Latino Português**. p. 148.

se, conforme o momento vivido em Sociedade, da generalidade dos habitantes do País, de maior ou menor “essencialidade” ²¹⁵. A maior ou menor “essencialidade” de um interesse está ligada tanto ao seu *lugar* estabilizado de “conquista histórica da Sociedade” quanto ao seu devir, às suas transformações e ampliações. Interesses com alto grau de essencialidade, que emergem numa dada situação histórica na Sociedade Civil, são denominados *indisponíveis* (não derogáveis, inegociáveis).

Na dicção constitucional, o Ministério Público defende (protege, ampara, promove) interesses que podem ser: *individuais* indisponíveis, quanto tocarem a uma única pessoa, a qual deles não pode abrir mão (vida, integridade física, saúde, liberdade etc.) ou *sociais*, quando se apresentam relevantes à coletividade.

Os interesses sociais transcendem os individualidade dos diversos interesses que nele podem estar ínsitos, sendo relevantes para a sociedade como um todo (v.g.: interesses difusos ou coletivos). Nesse caso, a atuação do Ministério Público não pressupõe a indisponibilidade de cada uma das parcelas que o integram, o que torna legítima *verbi gratia*, a defesa dos interesses individuais homogêneos advindos de relação de consumo, ainda que as parcelas que o compõem tenham cunho estritamente patrimonial – regra geral, disponível. Por essa razão, será legitimada a defesa de interesses individuais, ainda que não sejam indisponíveis, desde que seja divisado um interesses social em sua tutela. ²¹⁶

Nos dois casos os *interesses* são guarnecidos porque a Sociedade os reconhece como essenciais. Pelos valores que eles representam, deles não se pode juridicamente abrir mão, embora materialmente (fisicamente) tanto os indivíduos quanto a coletividade tenham o poder fático de fazê-lo.

Tanto os interesses individuais indisponíveis quanto os interesses sociais transcendem, em certo aspecto, os “quereres do indivíduo”, visto que as duas modalidades pressupõem a existência prévia de compromissos

²¹⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro**. 2a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 45.

²¹⁶ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. p. 50-51.

e efetivo comprometimento de todo o corpo social com a preservação e promoção deles. Por isso, o art. 127, caput, da Constituição da República, representa mais do que uma regra outorgando legitimidade processual ao Ministério Público; constitui a própria razão de ser institucional.

A missão acometida ao Ministério Público, qualquer que seja o seu campo de atuação, deverá ter em mira sempre a concretização destes interesses essenciais.²¹⁷

2.3 MINISTÉRIO PÚBLICO E(M) CRISE

A partir das idéias de *campo*, *nova economia* e *nova instituição*, referidos no item 2.1, pintou-se um quadro do *campo político* da Acusação. Neste quadro apresentam-se dois planos distintos e integrados. Um maior, do Estado Contemporâneo e sua expressão (neo)constitucional. Outro, menor, da Instituição Ministério Público, que no Brasil posterior a 1988 foi “posta” em conformidade com aquele paradigma maior, para atuar em “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Como foi visto, há *expectativas*, dadas pelo modelo de Estado Constitucional Democrático Contemporâneo; e também *discrepâncias*, em razão do não-cumprimento de certos programas ou déficit de promessas do Estado Brasileiro. As *expectativas* foram dadas pelo modelo descritivo e as *discrepâncias* pelo não-atingimento das metas do modelo prescritivo.

De modo análogo, existe discrepância entre o modelo constitucional de Ministério Público e sua expressão real *no campo penal* (*exercício do Poder acusatório*). São diversos os fatores. Entretanto, em homenagem à concisão, podem ser revelados alguns, através das questões da tabela do item 2.2, coluna II.

²¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 153: “O objeto de atenção do Ministério Público resume-se nesta tríade: a) ou zela para que não haja disposição alguma de interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos em que a indisponibilidade é apenas relativa, zela para que a disposição daquele interesse seja feita conformemente com as exigências da lei; c) ou zela pela preservação do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta bem relativa, mas esteja sempre presente o interesse da coletividade como um todo na solução do problema.”

Sobre a conformação jurídica (a'). A conformação jurídica do Estado brasileiro contemporâneo, no que se refere ao Sistema Penal e ao exercício Poder Punitivo, *não guarda* relação fiel com a realidade que pretendem representar (isto é, com o projeto que está declarado na Constituição da República de 1988. A coluna I (do modelo descritivo de Estado) exige uma conformação pós-inquisitorial, no entanto, a legislação infraconstitucional acaba admitindo, contrariamente ao texto constitucional, "(...) elementos provenientes da Idade Média (espões, delatores, procedimentos secretos, posições de garantia absurdas etc.)" ²¹⁸, dando mostras de que no Brasil penal a Idade Média não terminou e ainda está longe de terminar. Podem ser citados muitos exemplos, mas o mais revelador vem demonstrado pelo fenômeno a que Zaffaroni denomina de *inversão do Sistema Penal na America Latina*, que ocorre sempre com "fundamento" nas leis processuais de cada país, e consiste na adoção de *medidas de contenção provisória* como forma de controle da *periculosidade*, presumida supostamente nas "provas do inquérito". ²¹⁹

Sobre os mecanismos de submissão do Estado à Sociedade Civil (b'). O Poder Acusatório (este entendido como o Poder de formular a Acusação), mesmo depois da Constituição da República de 1988, ainda se mantém, na prática, estruturado para sustentar os interesses do Estado (e do Sistema Penal) em detrimento dos da Sociedade. Não se trilhou no âmbito das Agências do Poder Punitivo – não se excluindo o Ministério Público no seu todo –,

²¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 42.

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 71: "Em síntese, pode-se afirmar que o poder punitivo na America Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de *periculosidade presumida*, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada. Ditos em termos mais claros: aproximadamente ¾ dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva). Dessas, quase 1/3 será absolvido. Isto significa que em ¼ dos casos os infratores são condenados formalmente e são obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade do total de casos, verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo da prisão preventiva ou medida de mera contenção; no que diz respeito ao ¼ restante dos casos, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma. Cabe precisar que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva, de modo que nesse ¼ de casos absolvidos a arbitrariedade é evidente e incontestável, pois só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação."

uma quadra sequer para além da esquina do neo-inquisitorialismo positivista. A Acusação ainda é formulada, neste início de milênio, segundo a lógica inquisitorial do *dominus*. Por força da *inquisitio* ainda vigente no interior do denominado *sistema acusatório*, determinado pela função seletiva do controle penal do Estado, o Ministério Público brasileiro contribui diretamente para a perpetuação das desigualdades sociais. Em nome do “processo” ou do “procedimento” acusatório, retirou-se o juiz do *papel de inquisidor* (muito embora a legislação processual penal tenha se mantido tímida até mesmo quanto a isto), mas manteve o velho mecanismo inquisitorial, revivido por um outro *dominus*, o Ministério Público. A relação lógica, porém, continua a mesma.

Sobre a operabilidade do aparelhamento institucional-administrativo para consecução dos compromissos do Estado com a Sociedade (c’). Como resultado da inversão relação Sociedade – Estado, visto em (b’), a operabilidade do Poder acusatório é também inversa, isto é, contrária ao projeto constitucional. Na economia punitiva todo o esforço – dispêndio de energia humana e realização de gastos com o aparato técnico-burocrático da acusação – se volta à perpetuação e ampliação da Seletividade do Sistema Penal. Os supostos compromissos com a Sociedade se traduzem na idéia de proteção contra o perigo (imagem bélica).²²⁰

Sobre a operosidade das agências ao exercício ampliado das funções estatais (d’). No todo da burocracia do Estado, no conjunto de Agências do Poder Punitivo a que se denominou Sistema Penal, há de forma

²²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. p. 57-59, *passim*: “A civilização industrial implica uma inquestionável cultura bélica e violenta. É inevitável que, apesar de não ser formulada hoje em termos doutrinários nem teóricos, a comunicação de massas e grande parte dos operadores das Agências do sistema penal tratem de projetar o exercício do poder punitivo como uma *guerra à criminalidade e aos criminosos*. A imprensa costuma mostrar *inimigos* mortos (execuções sem processo) e também *soldados* caídos (policiais vitimados). “(...) *esta imagem bélica, legitimante do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança*, implica aprofundar sem limite algum o que o poder punitivo provoca inexoravelmente, que é a *debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia)* e o *reforço dos verticais (autoridade, disciplina)*. O modelo de organização social comunitária perde terreno perante o de organização corporativa. As pessoas se acham mais indefesas diante do estado, devido à redução dos vínculos sociais e do desaparecimento progressivo de outros *loci* de poder na sociedade. A própria sociedade – entendida como conjunto de interações – reduz-se e torna-se presa fácil da única relação forte, que é vertical e autoritária. A imagem que se projeta verticalmente tende a ser única, porque a redução dos vínculos horizontais impede a confrontação com vivências alheias.”

linear, o mesmo vetor de (b') e (c'). Destaque-se que no conjunto tentacular de Agências existe também uma disputa por Poder – travada mediante a *concorrência delas entre si e dentro de suas próprias estruturas* – que acentua ainda mais a orientação autoritária do Sistema Penal.²²¹

Sobre as ações que dão primazia ao humano, pela submissão do econômico aos interesses da Sociedade (e'). A seletividade do Sistema Penal é estrutural: “(...) não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato (...)”²²². No Brasil, assim como no restante da América Latina, o Poder Punitivo tem se dirigido principalmente contra os segmentos subalternos da Sociedade. Neste alvorecer de milênio, entretanto, há um recrudescimento das diferenças sociais, pela colocação do Poder Punitivo a serviço das forças de mercado. Dito de outro modo, “o capitalismo neoliberal está a gerir – de maneira preponderante – a transformação do Estado Social em Estado Penal”²²³. O fenômeno denominado “globalização” tende a criar uma massa de excluídos, que ficam à margem das mínimas políticas de bem-estar social, como bem retrata Guimarães:

Na realidade, mais do que em qualquer outro momento da história do homem, a violência estrutural está a provocar toda a sorte de mazelas sociais. Tais mazelas são evidenciadas, principalmente, pela massiva ocorrência do total desespero de grandes contingentes populacionais que, sem opção, acabam por incidir em condutas ilegais, sendo então estigmatizados pela prática da violência criminal que acaba por absorver e mascarar as desigualdades sociais.

(...) O Estado neoliberal representaria então a versão final, ou a mais acabada, de uma inversão ou antítese do Estado social, haja vista que as elites dominantes – defensoras dos interesses do capital – são o segmento protegido, com uma profusa transferência de fundos públicos para as mesmas, ou seja, em um sentido contrário aos objetivos do Estado social, para garantir a ininterrupta transferência de dinheiro público para o setor privado,

²²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. p. 61.

²²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. p. 51.

²²³ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. p. 233.

há uma contenção ou mesmo supressão de políticas democráticas, com a eliminação de gastos sociais que beneficiariam a maioria da população.²²⁴

O modelo neo-inquisitorial de Acusação não corresponde ao projeto que a Constituição da República de 1988 traçou para o Ministério Público. Deve-se reconhecer que, em boa medida, o Ministério público vem assumindo o papel de *frater*, amigo da Sociedade no campo não-penal, especialmente na proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No entanto, a simultânea “*não-assunção*” (no campo penal) e “*assunção*” (nas demais áreas) dos compromissos constitucionais revela profunda crise institucional, decorrente de um processo inacabado de superação do velho paradigma.

Esta incompletude tem como efeito principal o estabelecimento, na prática, de quatro ministérios públicos: um, *frater*, defensor “da ordem jurídica, do regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis”, que atua nas áreas não-criminais; outro, *dominus*, com atribuições no âmbito criminal, semicego, que vê, mas não assimila como um mal real o seu agir inquisitorial; um terceiro, semitransparente e semi-oculto, que compreende a (des)funcionalidade do agir inquisitorial, mas se vê incapaz de avocar a si o papel de *frater* e de dar sentido àquela compreensão rumo à *accusatio* constitucional; e, finalmente, um quarto, que se acomoda acriticamente ao *discurso burocrático vigente* (que é o lugar da alienação).

A crise apontada precisa ser compreendida e estrategicamente enfrentada. Mas, pela sua complexidade, torna-se imprescindível que o enfrentamento não se dê por mero êxtase retórico, mediante a adoção acrítica e inconseqüente de *ismos* (isto é, mediante simples adesão a doutrinas, sistemas, tendências, correntes etc.). Não basta ser (ou dizer ser) “garantista”. É preciso abraçar, na prática, uma postura acusatória proativa, que abra espaço para estabelecimento de uma *razão acusatória emancipatória*.

²²⁴ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. p. 238-239, *passim*.

Capítulo 3

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO ESTRATÉGIA AO ESTABELECIMENTO DE UMA RAZÃO ACUSATÓRIA EMANCIPATÓRIA

3.1 O “SINAL DE CAIM”: A TRAGÉDIA DA ACUSAÇÃO

A mitologia bíblica narra que, depois da expulsão do paraíso, Adão e Eva tiveram dois filhos: Caim, o mais velho, e Abel, o mais novo. Caim cultivava o solo. Abel criava ovelhas. Religiosos, os dois ofereceram à divindade, dádivas de seu trabalho, segundo os costumes. A oblação²²⁵ de Caim não foi aceita, a de Abel foi. O peso da rejeição – principalmente porque ele era o mais velho – levou-o a desejar a morte de Abel, a qual, de fato, veio a executar, de emboscada, no campo. E o relato assim se completa:

Deus disse a Caim: “Onde está teu irmão Abel?” Ele respondeu: “Não sei. Acaso sou eu guarda de meu irmão?” Deus disse: “Que fizeste! Ouço o sangue de teu irmão, do solo, clamar para mim! Agora, és maldito e expulso do solo fértil que abriu a boca para receber de tua mão o sangue de teu irmão. Ainda que cultives o solo, ele não te dará mais seu produto: serás um fugitivo e errante sobre a terra.” Então Caim disse a Deus: “Minha culpa é muito pesada para suportá-la. Vê! Hoje tu me banes do solo fértil, terei de ocultar-me longe da tua face e serei um errante fugitivo sobre a terra: mas o primeiro que me encontrar me matará!” E Deus colocou um sinal sobre Caim, a fim de que não fosse morto por quem o encontrasse. Caim se retirou da presença de Deus e foi morar na terra de Nod, a leste de Éden.²²⁶

²²⁵ *Oblação*, isto é, “*sacrifício*” no sentido lato. Três são as concepções antigas de sacrifício: o sacrifício-dádiva (honorários), o sacrifício-expiatório (retributivo) e o sacrifício-contrato (aliança). Segundo o antropólogo e sociólogo Marcel Mauss e o arqueólogo e sociólogo Henri Hubert, “o sacrifício é um ato religioso que mediante a consagração da vítima modifica o estado da pessoa moral que o efetua ou de certos objetos pelos quais ela se interessa” (MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. **Sobre o sacrifício**. Tradução de Paulo Neves São Paulo: Cosac Naify, 2005. Título original: *Essai sur la nature et la fonction du sacrifice* (1899), p. 19).

²²⁶ Livro do Gênesis 4, 1-16 (Cf. **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulinas, 1985, p. 36).

O mito²²⁷ é significativo, por ter ingressado na cultura Ocidental, através do cânon cristão (Velho Testamento), como arquétipo da Acusação. Ele é aqui revisitado pela percepção trágica de Acusação que nele se encerra.

Callado de Oliveira o lê como efetivamente *accusatio Dei*, cujo ápice é a imprecação divina: a maldição, que afasta o homem da terra fértil e lhe determina o exílio, com a gravação de um sinal nele, como o ideal de justiça penal.²²⁸ Foi esta “leitura clássica”, contudo, que sustentou por muito tempo não só o caráter de retribuição (moral) das penas, como também esteou “teorias” segregacionistas, que identificaram o “sinal de Caim” como uma alusão a sub-raças. A idéia de estigma (sinal), presente no mito hebraico, incorporou-se à escolástica como verdade indiscutível e foi recepcionada pela *inquisitio* eclesiástica. Foi assim que *accusatio Dei* se tornou paradigma para a *accusatio* do homem, mediante o “seqüestro” do poder divino pelo inquisidor (o novo *dominus*).²²⁹

²²⁷ A palavra “mito” é empregada no seu sentido antropológico, a saber, de “relato simbólico, passado de geração em geração dentro de um grupo, que narra e explica a origem de determinado fenômeno, ser vivo, instituição, costume social” (Conforme HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. p. 1.300 (verbetes: mito).

²²⁸ CALLADO DE OLIVEIRA, Gilberto. **O Conceito de Acusação**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1996, p. 187-193, *passim*: “Decide finalmente o Criador, agora como Juiz Supremo que, após lançar sobre o acusado um verdadeiro anátema, inflige-lhe a sanção correspondente de viandante do mundo, de caminheiro da dor, que na terra menos o fruto encontra que a aridez e a infertilidade: ‘Quando a cultivares, ela não te dará os seus frutos; serás vagabundo e fugitivo sobre a terra.’ O processo está ultimado. Caim quedará proscrito a expiar seu crime durante os dias de sua existência. A um tempo em que suportar o remorso com o fustigo da má consciência, terá oportunidade de contristar-se, porquanto a ação da misericórdia de Deus está presente até mesmo quando a justiça divina castiga. Eis o opróbrio de que o acusado padece. (...) Em síntese, a acusação oposta a Caim representa, num primeiro momento, a própria imputação, e com ela se identifica, de molde que contenha, tanto na ação de acusar como na de imputar, um significado comum: atribuir o crime ao agente. No entanto, é mister também imprimir a sua responsabilidade, que lhe marcará indelevelmente o ser pessoal com o estigma da culpa pretérita. (...) Este foi o cunho, cremos, com que Deus gravou em Caim o ideal de Justiça penal, da qual os homens, como seres criados à Sua imagem e semelhança, necessitam para o equilíbrio de seus direitos coexistentes.”

²²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**, p. 38: “Com o surgimento do poder punitivo, abandonou-se a luta e a verdade começou a ser estabelecida através do interrogatório ou *inquisitio*. O sujeito do conhecimento – inquisidor (interrogador ou investigador) – pergunta ao objeto de conhecimento – inquirido (interrogado ou investigado) – e deste modo obtém a verdade. Se o objeto não responde o suficiente ou o faz sem a clareza ou a precisão demandada pelo sujeito, é violentado até a obtenção da resposta (mediante tortura). O inquisidor ou interrogador deixa de ser um árbitro e passa a ser um investigador; a virtude está do seu lado

Este emprego do mito, porém, pode ser contestado. A função suprema de um mito – disse Eco – é “encontrar uma forma no tumulto da experiência humana” ²³⁰. Assim ocorre com o mito de Caim. Porém, mais do que tumultuada, a experiência humana com a Acusação é sempre uma experiência trágica.

O mito do primeiro homicídio, da primeira Acusação e da primeira condenação anuncia, ao modo das sociedades arcaicas, o surgimento de uma situação cósmica e oferece justificativa existencial de uma prática, de uma realidade concreta, de uma crença e, assim o fazendo, permite que a comunidade humana assimile o lado trágico da experiência penal.

O pensamento mítico do homem “primitivo” – como sustenta Lévi-Strauss – “é (ou pode ser, em muitas circunstâncias), por um lado, um pensamento desinteressado (...) e, por outro, um pensamento intelectual” ²³¹. O que importa num mito *não são as explicações que ele dá e sim aquilo que ele pretende explicar*. Funciona como o enunciado de uma questão (ou de várias questões). Ele questiona na medida em que tenta responder. Sob este aspecto, o mito rompe o abismo entre o passado e o presente, ou seja, transcende às contingências interpretativas e delas se protege. O equívoco, relativamente ao mito, está em assumir como verdade as respostas “ensaiadas” pela tradição da sociedade que o enunciou. Isto não significa que o pensamento científico seja igual ao modo mítico de pensar, mas que ambos aspiram, cada qual em sua economia, uma compreensão do universo circundante. Na dicção de Lévi-Strauss:

O que tentei mostrar, por exemplo, em Totémisme ou La Pensée Sauvage, é que esses povos que consideramos estarem totalmente dominados pela necessidade de não morrerem de fome, de se manterem num nível mínimo de subsistência, em condições materiais muito duras, são perfeitamente capazes de

porque exerce o poder do soberano, dado que este se considera vítima (usurpa ou confisca o papel da vítima). Deus já não decide entre dois iguais como partes, mas sim está seqüestrado pelo senhor, pelo *dominus*.”

²³⁰ ECO, Umberto. **Seis passos pelos bosques da ficção**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 93. Título original: Six walks in the fictional woods.

²³¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mito e Significado**. Tradução de António Marques Bessa Lisboa: Edições 70, 2007, p. 26. Título original: Myth and Meaning.

pensamento desinteressado; ou seja, são movidos por uma necessidade ou um desejo de compreender o mundo que os envolve, a sua natureza e a sociedade em que vivem. Por outro lado, para atingir em este objetivo, agem por meios intelectuais, exatamente como faz um filósofo ou até, em certa medida, como pode fazer e fará um cientista.²³²

O mito em foco possibilita que sejam levantadas algumas questões que servem para compreender estruturalmente tanto os Sistemas Penais históricos quanto as funções exercidas pela Acusação nas diversas comunidades humanas, tais como: a questão da incapacidade do Poder (de um deus ou do homem) de refrear atos indesejados (crimes, pecados etc.); a de uma possível cumplicidade (por ação ou omissão) entre o Poder e o infrator²³³, a da punição como vingança; a da utilidade/finalidade da punição; a da estigmatização do ato imprecatório (o “sinal de Caim”) etc. Estas são, igualmente, preocupações da ciência penal e da criminologia moderna, de modo que o fosso entre o pensar mítico e o refletir criminológico parece não ser tão profundo.²³⁴

A história da primeira acusação – apesar do que sustentam as posturas dogmáticas (religiosas) mais radicais – nunca aconteceu na realidade e, em alguns aspectos é absurda. Entretanto, longe de ser produto de mentes delirantes, representa uma importante percepção histórica da tragédia acusatória: a de que a Acusação nasce como reação dramática a um fato nefasto (homicídio) e conduz a uma solução não menos nefasta (o exílio e a estigmatização). Para as

²³² LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mito e Significado**. p. 26.

²³³ Percebida e retratada com sagacidade e humor por SARAMAGO, José *In Caim*. São Paulo: Companhia Das Letras, 2009, p. 35-36.

²³⁴ Segundo o antropólogo belga: “O fosso, a separação real, entre a ciência e aquilo que poderíamos denominar pensamento mitológico, para encontrar um nome, embora não seja exatamente isso, ocorreu nos séculos XVII e XVIII. Por essa altura, com Bacon, Descartes, Newton e outros, tornou-se necessário à ciência levantar-se e afirmar-se contra as velhas gerações de pensamento místico e mítico, e pensou-se então que a ciência só podia existir se voltasse costas ao mundo dos sentidos, o mundo que vemos, cheiramos, saboreamos e percebemos; o mundo sensorial é um mundo ilusório, ao passo que o mundo real seria um mundo de propriedades matemáticas que só podem ser descobertas pelo intelecto e que estão em contradição total com o testemunho dos sentidos. Este movimento foi provavelmente necessário, pois a experiência demonstra-nos que, graças a esta separação – este cisma, se se quiser –, o pensamento científico encontrou condições para se autoconstituir.” (LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mito e Significado**. p. 12-13).

“questões” originadas nesta percepção nem a mitologia nem a ciência apresentaram respostas convincentemente justas.

3.2 A FUNÇÃO ESSENCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PÓS 1988 NO CAMPO PENAL

Uma vez reconhecida como *trágica* a atividade acusatória, visto que seus efeitos sempre recaem de forma nefasta sobre o infrator, como anátema, mesmo em caso de absolvição, nada trazendo a punição de comprovadamente útil ou vantajoso à Sociedade²³⁵, cumpre perquirir sobre o lugar da Acusação no Estado Contemporâneo. Considerando-se que o Poder Punitivo é exercido com a finalidade de obediência a um comando e a um modelo de organização política (controle social punitivo), para reafirmação de valores e práticas que configuram exploração de determinados segmentos sociais (dominados) por outros (dominantes), pergunta-se: qual o papel do Ministério Público pós 1988, no campo criminal, no atual momento brasileiro e nas próximas décadas?

A resposta a esta questão passa pela compreensão de que, no campo penal, o Estado de Direito (Constitucional e Democrático) nada mais é do que uma tentativa de limitação do Estado de Polícia, tal como observou Zaffaroni:

Os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto. Os Estados de direito parlamentares surgiram como

²³⁵ Não que se adote uma postura utilitarista da pena. A “utilidade” ou “vantagem” das punições mencionadas são as que a própria dogmática acolhe como tal. Sob qualquer ponto de vista os Sistemas Penais não produzem os resultados que declaradamente intentam produzir. As retribuições não estão de conformidade com o paradigma metafísico que as define. A pena, como *imperativo categórico*, não encontra na prática a balança da justiça de que falou Immanuel Kant em *A Metafísica dos Costumes* (KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008, p. 175. (Clássicos Edipro). Título original: *Die Metaphysik der Sitten*). As finalidades de prevenção especial e geral também não se sustentam na prática. Os crescentes índices de reincidência e de criminalidade desmentem sua eficiência. Restam as finalidades não declaradas (funções latentes e reais) do Sistema Penal, relacionadas ao *controle diferencial das ilegalidades*, orientado pela lógica da diferenciação ou seleção de pessoas (Conforme ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. p. 253-255).

resultado das lutas contra o poder absoluto do soberano até chegar a monarquias parlamentares; algumas suprimiram a figura do monarca e passaram a ser repúblicas parlamentares. Nos sistemas presidencialistas a transferência do poder ao Parlamento não se consuma: um presidente substitui o monarca e conserva, em boa medida, suas funções, ainda que limitadas pela Constituição e controladas pelo Legislativo. Porém, estas couraças (ou *corsés*) de contenção que foram sendo construídas através dos tempos *não eliminaram o Estado de polícia, apenas o encapsularam*. No interior de todo Estado de direito histórico, quem detém o Poder Executivo ou suas agências tenta livrar-se, com demasiada frequência, de todos os controles e limitações e, dependendo do vigor da contenção, é, em maior ou menor medida, bem sucedido.²³⁶

Há, conforme tal entendimento, uma contínua oposição entre o Estado Constitucional Democrático concreto e o Estado de Polícia que reside no seu âmago. “O Estado de polícia que o Estado do direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar; procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca.”²³⁷ Esta constante tensão transfere-se para as Agências do Sistema Penal, as quais disputam entre si a proeminência no campo penal, algumas tentando abafar o Estado de Polícia, outras querendo revigorá-lo. No próprio seio das Agências ocorre esta divisão, entre “operadores” garantistas e não-garantistas.

Quanto maior é a contenção do Estado de direito, mais próximo se estará do modelo ideal, e vice-versa, mas nunca se chegará ao modelo ideal porque para isso seria preciso afogar definitivamente o Estado de polícia e isso implicaria uma redução radical – ou uma abolição – do próprio poder punitivo.

A extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso, a questão penal é o campo preferido das pulsões do Estado de polícia, pois é o muro mais frágil de todo Estado de direito. Quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de

²³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 169.

²³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 170.

criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito.²³⁸

Deve-se, portanto, redefinir a questão anteriormente enunciada, levando-se em conta o sentido (rumo apontado) pela tese abolicionista indagando: *de que forma o Ministério Público pós 1988 pode estabelecer-se como Instituição capaz de conter e reduzir radicalmente o Poder Punitivo no Brasil?*

Uma resposta – não a única, mas a mais elementar – é: *através do exercício constitucional da Acusação.*

Neste Relatório definiu-se Acusação com sendo *a atribuição a alguém da prática de uma infração penal, formulada em regra por um órgão estatal e excepcionalmente pelo particular, de forma oral ou por escrito, nos termos da lei processual penal, consistente em um processo de redefinição de uma situação conflitiva concreta, sobre a qual possa incidir, em tese, o Poder Punitivo (normatização concreta), com vistas ao exercício limitado deste Poder, mediante a explicitação das causas da imputação (razões de fato e de direito).*²³⁹

A nota predominante da Acusação é a sua *finalidade limitadora do Poder Punitivo do Estado*. A noção de limitação está subentendida no novo papel estabelecido para o Ministério Público pós 1988 e constitui o cerne da sua atividade no campo criminal. A Instituição não é, como se poderia supor, um novo *dominus* (inquisidor) em substituição ao juiz; ela, ao contrário, segundo a programação constitucional, elemento indispensável à edificação de uma *barreira de contenção* ao Poder Punitivo.

De nada adianta que o Estado enuncie garantias constitucionais e regras de direito penal e processual penal estabelecendo na letra uma programação de contenção se aqueles exercem Poder que implique criminalização secundária não concretizam tais garantias ou, como acontece com inocultável freqüência, são os primeiros a violá-las ou a permitir que outras Agências as violem. A Constituição, o direito penal e o processo penal jamais

²³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 170.

²³⁹ Item 1.2.1 (p. 23).

darão conta da contenção, uma vez que o que fazem é tão-somente “propor a administração otimizada do poder de contenção reduzido, *de forma que permita apenas a passagem do Poder Punitivo menos irracional, erigindo-se em barreira para o de maior irracionalidade.*”²⁴⁰ Os enunciados jurídicos (os textos) dependem, para sua concretização como filtros das irracionalidades do Poder Punitivo, da ação direta de um intérprete que foi posto em posição privilegiada: o acusador constitucional, o Ministério Público. Segundo Eco “um texto é uma máquina preguiçosa que pede ao leitor para fazer parte de seu trabalho”²⁴¹. Isto vale tanto para os textos de ficção quanto para os textos legais e outros objetos textuais.

Em vista disso, nos itens seguintes deste Relatório de Pesquisa, serão assinalados alguns requisitos mínimos à edificação desta *barreira de contenção*, destinada a reduzir e circunscrever o Poder Punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. Sem a efetivação destes limites, o projeto de Estado Constitucional Democrático estará irremediavelmente fadado ao fracasso, pois terá perdido todo o seu espaço para o Estado de Polícia que nele reside. Estes elementos mínimos de racionalidade podem ser dados através da mediação concretizadora do Ministério Público, sobretudo no campo hermenêutico, com vistas ao estabelecimento da *Verdade Acusatória*.

Assim como no mito da Acusação primitiva (item 3.1), deve-se trabalhar a partir de um enunciado hipotético. No mito, deus (o Poder) teria dito: “Que fizeste! Ouço o sangue de teu irmão, do solo, clamar para mim!”. Hoje poderia ser dito: “Caim matou Abel, por inveja e de emboscada, e incidiu nas sanções do art. 121, § 2º, I (motivo torpe) e IV (emboscada), do Código Penal brasileiro”. Num e noutro caso há uma afirmação formulada com pretensões de verdade. Situa-se, por isso, esta afirmação, no âmago da questão acusatória: *a sua formulação precisa, limitada e constitucional constituir-se-á numa efetiva barreira de contenção ao Poder Punitivo.*

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 170.

²⁴¹ ECO, Umberto. **Seis passos pelos bosques da ficção**. p. 55.

Propõe-se, com este desiderato, uma definição de *Verdade Acusatória*, no seu sentido formal, formada por três elementos: a) forma proposicional; b) provisoriedade; e c) verificabilidade.

É o que se deduz do art. 41 do Código de Processo Penal brasileiro, *in verbis*:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

A denúncia – e o mesmo pode ser dito de outras peças que determinam o início de uma investigação ritualizada (inquérito policial, v.g.) –, deve conter uma proposição clara, formulada pela acusação (isto é, por seus agentes) como hipótese fundante da investigação especializada (ação penal ou inquérito).

Trata-se de uma proposição que é admitida *como um princípio* a partir do qual se pode deduzir um determinado conjunto de conseqüências, formulada com sobre uma base empírica que a sustente como verdade prévia e provisória (justa causa). As enunciações hipotéticas da Acusação não devem configurar meras conjecturas ou opinião do acusador, daí porque não se emprega aqui a usual expressão latina *opinio delicti* para referi-las.

Finalmente, a proposição provisória deve ser verificada posteriormente segundo algum critério materialmente estabelecido e aceito no campo jurídico.

3.3 VERDADE ACUSATÓRIA E INTERPRETAÇÃO

Todo o esforço dos capítulos anteriores foi no sentido de permitir que a Acusação viesse à *fala*, como Poder, como forma de conhecimento e como instância política estatal. Partiu-se da seguinte premissa: a Acusação – como todo fenômeno – pode ser “lida” e “interpretada” e, concomitantemente, ela

mesma é “leitora” e “interpretadora” ²⁴². Mas se do “aparecimento” (*apophansis*) da Acusação pela demonstração discursiva (sua desocultação) ela se dá à conhecer como *barreira de contenção* ao Poder Punitivo no Estado de direito, então haverá a necessidade de *desencobrir o seu próprio discurso*. E, ainda, se a natureza discursiva da Acusação desvela algo de novo a seu respeito (isto é, a sua vinculação ao paradigma do Estado Constitucional Democrático), como consequência, deve ser explicitado o seu *novo discurso*, não se compadecendo com a realidade constitucional a simples *adaptação tosca do velho discurso* acusatório. As imposições constitucionais não admitem que se visualize o problema acusatório em sede exclusivamente (ou predominantemente) processual; pelo contrário, exigem que o órgão acusador compreenda o seu dever material de concretizar a Acusação constitucional.

Todavia, no Brasil, apesar do que foi programado pelo texto constitucional, o modelo dominante de Acusação ainda está definido pelo *habitus* metafísico do campo jurídico-penal, no qual (e para o qual) há sempre um mapa traçado previamente à obtenção da verdade.

3.3.1 O paradigma metafísico-representacional da Acusação

A Acusação tradicional trabalha segundo a lógica da *filosofia moderna*, que desenvolve a sua cosmologia e a sua ontologia de forma indireta (*intentio obliqua*) ²⁴³, ou seja, *antes de questionar sobre o mundo e o ser*,

²⁴² Vide item 1.2.

²⁴³ O **paradigma ontológico**, com origem remota na Grécia Antiga, atravessa a Idade Média como modo de pensar dominante. Como o mundo da realidade era entendido a partir de um dualismo metafísico caracterizado por essência/acidente, substância/propriedade e aparências/realidade, a *linguagem* era vista com um elemento necessário, mas que dificultava o conhecimento em si. O **paradigma gnosiológico** ou **representacional**, fundado no pensamento cartesiano e nas novas descobertas da ciência moderna. O homem é posto no centro das considerações gnosiológicas. Os limites e a relação entre o *sujeito* e o *objeto* do conhecimento são determinados por dois pressupostos fundamentais: (1) “o conhecimento é uma *categoria* do espírito, uma *forma* da atividade humana do *sujeito*, que pode ser indagada de modo universal e abstrato, ou seja, prescindindo-se dos procedimentos cognitivos particulares de que o homem dispõe fora e dentro da ciência; (2) o objeto imediato do conhecimento é, como julgara Descartes, apenas a idéia ou representação; e a idéia é uma entidade mental, existe apenas dentro da consciência do sujeito que a pensa” (...) “São os problemas já discutidos por Berkeley e retomados por Fichte em *Doutrina da ciência* (1794) e que constituem o tema dominante de uma rica literatura filosófica, especialmente alemã, da segunda metade do século XIX às primeiras décadas do século XX. Pela própria origem e formulação, a teoria do conhecimento é idealista. Mesmo as chamadas soluções *realistas* são na realidade formas de idealismo, uma

questiona sobre o *conhecimento do mundo e do ser*. Em outras palavras: qual a representação do mundo é válida? Foi por causa disto que o Inquérito, como forma jurídica, assumiu lugar decisivo nas práticas acusatórias ocidentais e ainda é o modelo de racionalidade jurídica basilar do campo jurídico-penal.

A questão fundamental da Acusação é a mesma *questão do conhecimento* que conduziu os filósofos modernos à elaboração de uma *teoria do conhecimento* (epistemologia) para estudo do aparato cognitivo: a mente (*stricto sensu*) e a consciência (*latu sensu*). As reflexões acerca da consciência envolvem reflexões, crenças, desejos intenções e juízos e *estão relacionadas ao sujeito cognoscente*, aos seus *modelos de subjetividade*, que, em última análise, são os modelos de subjetividade próprios do campo simbólico do qual ele (o sujeito) é tributário.

Callado de Oliveira explicita a retórica fundamental deste modelo metafísico-representacional da Acusação, ao assumir que

(...) o delito traspassa qualquer das três ordens mencionadas – individual, social e universal. Levá-lo a cabo é produzir uma desordem, é perpetrar um mal, é cometer uma culpa. As duas primeiras referem-se à culpa moral e a terceira à culpa jurídica. Sendo Deus o Criador e Ordenador Supremo da sociedade universal e de todas as coisas, não se pode traspasar a ordem social em suas linhas fundamentais sem traspasar a ordem do universo, visto que Deus, em princípio ordenou o homem como ser social e jurídico. Daí que a acusação jurídica, preliminar reagente desse traspasso, terá um móvel metafísico.²⁴⁴

O que este autor admite como ordem divina, pode muito bem ser substituído por tudo o que pretenda constituir um *conhecimento puro* e especificamente o juízo moral *a priori*, que fundamenta a Acusação, como se percebe pelo que está dito neste outro trecho:

vez que as entidades que reconhecem como reais são, com grande freqüência, consciências ou conteúdos de consciências.” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. da 1. ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Matins Fontes, 2007, p. 214).

²⁴⁴ CALLADO DE OLIVEIRA, Gilberto. **O Conceito de Acusação**. p. 220-221.

(...) Por que, precisamente, a acusação nos leva a um fundamento metafísico? Há pouco dissemos que a filosofia jurídica perquire os fundamentos da acusação em três ordens reais interdependentes, estando em último plano a análise metafísica tomada como suporte transcendental de tudo o que pode se dizer sobre ela. São fundamentos – também dissemos – que se conjugam e coordenam, distinguindo-se apenas por um esforço de abstração, por necessidades lógicas, mas que devem, depois ser reconduzidas em síntese, no momento da atividade prática acusatória, de sua aplicação e integração real no mundo jurídico. A metafísica da acusação decorre, para usar a expressão de Martínez Doral, de um nível filosófico de conhecimento jurídico não menos real que a própria realidade acusatória.²⁴⁵

Este modelo de Acusação corresponde a certo modelo de conhecimento que encontra outras traduções no campo jurídico.

No Brasil, por exemplo, no âmbito da filosofia do direito, Reale o exprimiu através de sua *teoria ontognonsiológica*, segundo a qual o conhecimento dos objetos cognoscíveis (fatos e normas) ocorre numa relação de *complementaridade dialética* entre sujeito e objeto. Ele próprio explica nesta passagem:

Se no ato mesmo em que algo é conhecido já se põe o valor daquilo que se conhece e do cognoscível, vê-se que o valor é elemento de mediação também no plano gnoseológico, possibilitando a relação entre sujeito e objeto, na medida em que este se torna objeto em função de intencionalidade da consciência e nesta surge como objeto valioso. O conhecimento é, dessarte, uma síntese ontognoseológica, acompanhada da consciência da validade da correlação alcançada, sendo certo que os valores, que se revelam no ato de conhecer, são resultantes de um valor primordial e fundante, sem cujo pressuposto a priori – e, neste ponto, a lição de Kant afigura-se-me imprescindível – não seria logicamente pensável sequer o processo gnoseológico: é o valor essencial do espírito como 'síntese a priori', ou, por outras palavras, a compreensão da consciência como possibilidade originária de síntese. A correlação sujeito-objeto põe-se, desse modo, como 'síntese transcendental' e condição possibilitante das

²⁴⁵ CALLADO DE OLIVEIRA, Gilberto. **O Conceito de Acusação**. p. 220-221.

sínteses empírico-positivas que constituem a trama da experiência humana. A cultura nesse contexto de idéias, não é algo intercalado entre o espírito e a natureza, mas antes o processo das sínteses progressivas que o primeiro vai realizando com base na compreensão operacional da segunda, o processo histórico-cultural, coincidindo com o processo ontognoseológico e suas naturais projeções no campo da práxis.²⁴⁶

A Ontognoseologia proposta e desenvolvida por Reale, embora tenha reconhecidamente avançado ao conduzir o pensamento em direção à cultura e não mais ao homem isoladamente, na tentativa de superar as posturas idealistas e realistas²⁴⁷, reduz o fenômeno da compreensão à bipolaridade “realidade-conhecimento” (numa nova espécie de união hipostática entre fato, valor e norma).

Para Mateos García, a original ontognoseologia realeana configura um novo paradigma na explicação do conhecimento:

A posição ontognoseológica é o resultado de uma alteração no paradigma seguido até agora no que diz respeito à compreensão do conhecimento e da teoria dos objetos. Face à concepção gnoseológica do conhecimento (racionalismo e, inclusive, filosofia transcendental kantiana), ou à ontológica (a fenomenologia husserliana, assim como a *a-letheia* heideggeriana), impõe-se, como uma exigência do nosso tempo, afirma Reale, uma concepção ontognoseológica que leve em conta ambas as contribuições, em uma visão sintética e processual do conhecimento.²⁴⁸

²⁴⁶ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual. 5. ed. São Paulo:Saraiva. p. 73-74.

²⁴⁷ “A ontognoseologia não significa, não pode significar, pura e simplesmente, a afirmação e a atribuição de valor e função iguais ou indiferentes à realidade e a seu conhecimento, porque pretende estabelecer uma unidade que a ambos engloba, e não um paralelismo na qual, no fundo, nenhuma passagem é possível entre um e outro termo; em segundo lugar, todavia, essa unidade sintética não pode ter a estrutura que assume no idealismo, porque, do ponto de vista do realismo crítico, o que se dá no idealismo é uma redução da realidade ao sujeito. A síntese entre ambos deve, pois, assumir um caráter e um sentido diferente, apresentando-se com uma estrutura *sui generis*.” (CZERNA, Renato Cirell. **O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 8).

²⁴⁸ MATEOS GARCÍA, Angeles. **A teoria dos valores de Miguel Reale**: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. Tradução de Talia Bugel. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 109. Título original: La teoría de los valores de Miguel Reale.

No plano do normativismo concreto, como o da Acusação, contudo, a tarefa tradutora dos valores permanece sendo do intérprete-acusador, que atua como uma espécie de oráculo do Poder, valendo-se sempre da elasticidade interpretativa das normas juspositivadas. Em outras palavras, também aqui, o sujeito-acusador *agarra* o objeto (a base de fato) e o *adapta a si mesmo* (aos seus modelos representacionais).

Observe-se que, sob esta ótica, deus, religião, cultura, razão iluminada ou qualquer outra ideologia pode ser invocada para fundamentar a Acusação. Em todo o caso, o acusador-intérprete sempre estará comprometido com o *habitus* específico do campo penal. Em qualquer caso o discurso verdadeiro – que resume a compreensão do mundo – é o discurso do acusador.

As técnicas interpretativas, nos seus desencontros, constituem o sintoma visível da incapacidade humana de auto-superação. Seres imperfeitos ao extremo, não podem os homens, na construção do direito, esconder-se nos artifícios e ficções da palavra: da lei, da sentença, do grupo social. As palavras, não raro, encobrem o substrato da ação “concretora” do direito; a ação, aliás, do mais forte, porque no exercício do *poder*.²⁴⁹

A prática desmente o que o paradigma metafísico da Acusação enuncia: a Verdade Acusatória, pretextando adesão a valores que transcendem o campo da experiência humana, reversamente, acaba afirmando aquilo que lhe ditam os interesses do Estado e a “opinião pública” (leia-se: o Poder persuasivo dos órgãos de informação).

Assim, a história da Acusação pode ser contada a partir da tentativa humana de se conferir racionalidade científica às questões essenciais não empíricas do direito penal (“tipicidade”, “ilicitude”, “potencial consciência da ilicitude”, “erro quanto a elemento constitutivo do tipo penal”, “sem justa causa”, “em desacordo com”, “imprudência”, “dolo eventual”, “relação de causalidade” etc.) e do direito processual penal (“garantia de ordem pública”, “ampla defesa”, “defesa técnica”, “prova suficiente” etc.).

²⁴⁹ BASTOS, João José Caldeira. **Curso Crítico de Direito Penal**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 67-68.

É uma ilusão acreditar que a valoração dos conceitos acima (entre outros), levada a cabo pelo acusador estatal, possa retratar valores sublimes pautados nos ideais de Justiça, Igualdade e Solidariedade, mesmo porque cada acusador acolherá, inexoravelmente, idealisticamente os seus próprios valores como os valores decisivos para preencher os hiatos axiológicos deixados no sistema normativo pelas indeterminações semânticas da linguagem.

Foi Nietzsche, em sua concepção de verdade aberta ao caos e à loucura, quem melhor retratou a descrença com relação à verdade²⁵⁰. E o fez de tal forma que acabou por equiparar qualquer ambição científica ao fanatismo.²⁵¹ Para ele, os valores supremos difundidos na modernidade – a razão, o Estado, a ciência, a organização social etc. – domesticam o ser humano, anulando seu potencial criativo e seu instinto. O Belo, O Bom, O Justo são valores que representam e expressam a fragilidade do Homem, que se viu abandonado no mundo, depois de ter matado deus, e inventou estas crenças na expectativa de que elas lhe acalmassem a angústia e lhe justificassem a existência.²⁵²

Com efeito, se a razão está morta, assim como deus e os outros valores inventados, todo o esforço por emprestar alguma racionalidade à ciência do direito se torna inútil. Logo, asseverar que é possível chegar a um controle do Poder Punitivo estatal pela via controlada (e indecente) da

²⁵⁰ NIETZSCHE, Friedrich. Wilhelm. **Acerca da verdade e da mentira em um sentido extramoral**. Tradução de Helga Hook Qaudrado. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1997, p. 221: "Que é então a verdade? Um exército móvel de metáforas, de metonímias, de antropomorfismos, numa palavra, uma soma de relações humanas que foram poética e retoricamente intensificadas, transpostas e adornadas e que depois de um longo uso parecem a um povo fixas, canônicas e vinculativas: as verdades são ilusões que foram esquecidas enquanto tais, metáforas que foram gastas e que ficaram esvaziadas do seu sentido, moedas que perderam o seu cunho e que agora são consideradas, não já como moedas, mas como metal."

²⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índice**. p. 58: "Nietzsche aguçou de tal modo este ceticismo a ponto de torná-lo um ceticismo contra a ciência. Na verdade, a ciência tem algo em comum como fanático: porque ela constantemente exige e dá demonstrações, acaba sendo tão intolerante quanto ele. Ninguém é mais intolerante do que aquele que quer comprovar que aquilo que ele diz deve ser verdade. Segundo Nietzsche, a ciência é intolerante porque consiste num sintoma de fraqueza, num produto tardio da vida, num alexandrismo, herança daquela decadência que Sócrates, o inventor da dialética, introduziu num mundo em que ainda não havia nenhuma 'indecência da demonstração', mas onde uma nobre autocerteza assinalava e dizia sem precisar demonstrar."

²⁵² OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. A constituição da verdade em Hans-G. Gadamer e Michel Foucault. **Revista Aulas**, São Paulo, v. 1, n. 3, p.1-29, mar. 2007. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/~aulas/numero3.htm>>. Acesso em: 30 out. 2009.

demonstração é loucura ou uma grande enganação. Obviamente este pensamento acentua ainda mais o sentido trágico da Acusação.

Não se quer, porém, radicalizar o ceticismo psicológico nietzschiano contra a afirmação de qualquer verdade no campo penal. Gadamer afirma que nesse exacerbado ceticismo ele não está disposto a seguir Nietzsche. Todavia, a questão da verdade, por certo, a partir daquele ceticismo, abre-se numa outra perspectiva: a da aceitação da ciência e do método científico como última e única instância portadora de verdade.²⁵³

Seguindo a linha de questionamento, introduzida por Gadamer relativamente ao saber científico, pergunta-se: *será o método dogmático em sede penal a última instância e única portadora de verdade? Os limites demarcados pela especialização da ciência do direito penal e sua indagação metodológica são suficientes para assegurar uma adequada, segura e racional interpretação/aplicação do direito penal?*

3.3.2 Acusação e o emprego do método dogmático

Quando um promotor de justiça se depara com a necessidade de formular uma denúncia (ou um aditamento a esta) ou sustentar em sede de alegações finais ou num recurso ao tribunal aquela formulação, ou ainda, determinar a realização de novas diligências ou requerer o arquivamento de um inquérito policial ou peças de informação, afirmando ou negando a ocorrência de infração penal em um caso concreto, empregará o conceito de infração aceito e compartilhado pelos outros operadores do campo jurídico-penal.

O acusador parte do postulado, acolhido como matriz disciplinar em direito penal, que é o princípio da *reserva legal* (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)²⁵⁴. Este se sustenta, no seu aspecto político, no discurso garantista do Iluminismo, que lhe conferiu estatuto e função asseguradora da liberdade do homem em face do arbítrio do Poder Punitivo do

²⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. p. 58.

²⁵⁴ Sobre o princípio de legalidade ou da reserva legal e seus desdobramentos vide: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21-29.

Estado. Assim, estabeleceu-se axiomáticamente que a punição de alguém somente pode ser levada a cabo pelo Estado se a conduta realizada por esta pessoa estiver previamente descrita em lei em seus contornos gerais (preceito primário) e nos estritos limites nela definidos (preceito secundário).

Ocorre que não é possível, unicamente a partir desta noção inicial de legalidade garantidora, abarcar todas as possíveis noções de crime, de conduta, de modelo descritivo, de pena, de limitação etc. Por isso, ideologicamente, foram propostos *modelos de reconhecimento* (identificação) de crimes. Cada um destes modelos pretende edificar um aparato técnico-jurídico para “fechar” o Sistema Penal numa determinada legalidade, com vistas à contenção dos excessos e indeterminações dos denominado conceitos unitários de conduta e crime. Não é suficiente enunciar que crime é uma conduta descrita previamente em lei a que é cominada uma pena, pois, dependendo do conceito que se tiver de conduta, nexos causal e crime, por exemplo, os resultados podem variar tremendamente, seguindo a discricionariedade do órgão estatal que exerce o Poder Acusatório ou o Poder Punitivo.

Por esta causa, acolheu-se o *método dogmático*²⁵⁵ como o paradigma da “ciência do direito penal”, pretendendo-se, com ele, operar de forma similar ao método científico das ciências não-humanas. Na matemática, por exemplo, pode-se enunciar como “verdadeiras” proposições como “*em qualquer triângulo retângulo, o quadrado da hipotenusa é igual à soma dos quadrados dos catetos*” (teorema de Pitágoras). Este teorema pode ser “demonstrado” cientificamente de várias formas. Em direito penal, no entanto, não é possível demonstrar cientificamente que “matar alguém” (CP, art. 121, *caput*) é anti-social.

²⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. p. 164: “Atualmente o método mais difundido no saber penal é o dogmático, a tal ponto que se costuma identificar a ‘ciência penal’ com a ‘dogmática penal’. A exposição do método dogmático foi mérito do jurista alemão Rudolf Von Ihering (1818-1892), surgindo no âmbito do direito privado. Traduzindo na forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de ‘dogmática’, devida a Ihering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como ‘dogmas’, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei”.

Isto porque tal assertiva configura um juízo subjetivo de valor. Pode-se, no máximo, concordar ou discordar de tal afirmação, aceitar ou não o enunciado emitido pelo Poder Político. Pode-se, porém, trabalhar cientificamente (demonstrativamente) a partir do que foi enunciado previamente pelo legislador. Assim, “matar alguém” pode ser “verificável” de outro modo. Por exemplo: “A” desferiu uma facada em “B”, atingindo-o no coração, causando-lhe a morte. “A” e “B” são humanos e, segundo certo critério dogmático (equivalência dos antecedentes, v.g.) a facada foi causa da morte. “A”, agiu por vontade livre e consciente, e não estava amparado por nenhuma causa excludente de ilicitude, sendo (de acordo com certos critérios pré-estabelecidos) aceita a sua culpabilidade. Supõe-se que, estabelecidos os critérios dogmáticos que decompõem os conceitos de conduta e crime (além de outros complementares) seja possível afirmar que “A” praticou crime de homicídio (ou negar que o tenha feito). Sinteticamente falando, a denominada “ciência do direito penal” tem a pretensão de determinar o alcance dos juízos de valor de forma lógica (coerente), visando à redução da margem de arbitrariedade interpretativa dos operadores do Sistema Penal.²⁵⁶

O modelo penal brasileiro é calcado numa construção dogmática, estratificada (analítica), finalista, de conduta e de crime. Os conceitos de conduta e de crime são decompostos em elementos, os quais, estruturados axiologicamente em uma relação lógico-abstrata tornam o juízo de adequação da conduta ao tipo incriminador supostamente mais racional e seguro²⁵⁷. Emprega-se o *método analítico*, concebendo-se conduta como *ação* ou *omissão humana consciente voluntária* dirigida a uma *finalidade*; e delito como conduta *típica, ilícita* e *culpável*.²⁵⁸ Logo, a atividade interpretadora do promotor ao formular uma

²⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. p. 165-166.

²⁵⁷ PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. p. 254.

²⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3-5; REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: Parte Geral - Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 125-218; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999; p. 29-34; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 22-26. Título original: Einführung in das strafrecht und straprozessrecht; SANTOS, Juarez Cirino Dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro:

Acusação implica no exame do fato “crime” segundo estes estratos analíticos (dogmáticos).

O método dogmático (como o científico) pretende ser um caminho²⁵⁹ à verdade. Mas que é a verdade? Trata-se de uma pergunta crucial, existencial. Se a verdade é um *topos*, nada mais certo de que haverá um caminho a ela. Se for a busca de conceitos universais, eternos, pré-existentes no mundo e na natureza, então caberá ao sujeito cartesiano mapear o caminho até ela. Mas se, por outro lado, verdade é um conceito mais modesto, não ideal nem imutável, ligado à existência humana (o devenir), o método poderá conduzir a não-verdade, ou seja, pode ser considerado um álibi teórico para emergência de crenças que orientam, como fórmulas interpretativas, arbitrariamente, a aplicação do direito, ocultando as relações de dominação que a condicionam.²⁶⁰

Por isso, o caminho que leva à *veritas* tradicional da Acusação, mediante sofisticados métodos dogmáticos, além de tortuoso e tegiversante, é oposto ao do des-encobrimento. Toda a matéria-prima da Acusação, supostamente formulada para garantir segurança e estabilidade jurídicas (a dogmática²⁶¹), relativiza-se como massa de modelar nas mãos do

Revan, 2002, p. 3-7; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 79-89; e WELZEL, Hanz. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951. 44 p. (Fusão de diversos artigos publicados pelo autor feita por Carlos Fontán Balestra. Traduções da língua alemã por Eduardo Friker).

²⁵⁹ O **método** – em grego μέθοδος, nome formado pela preposição μετά ou μεθ-, antes de vogal aspirada, (“através de”) e o substantivo ὁδός (“caminho”, “estrada”) – é literalmente um “ir pelo caminho” (PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. p. 360), uma pesquisa guiada, um mapa que possa sempre ser seguido até um destino. A ciência persegue este ideal de segurança e segundo seus critérios de verificabilidade para chegar, supostamente, a uma verdade certa e indefectível. Há algo de inquisitorial no método científico, visto que a pretexto de obter a verdade sujeito cognoscente não raras vezes tortura o seu objeto de saber para que ele “confesse”, para que diga o que sujeito quer que ele diga. Método, assim visto, é um procedimento controlável, “aprendível” e “ensinável”, um saber que assegura a emissão de um enunciado.

²⁶⁰ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: interpretação da lei – temas para uma reformulação. p. 88.

²⁶¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esforço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18: “(...) na auto-imagem da Dogmática Jurídica ela se identifica com a idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imane) a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material

acusador-intérprete pela adoção do paradigma metafísico-representacional de Acusação.

Basta uma olhada nos inquéritos e processos criminais para verificar como se manifesta este efeito de “apriorização”, no respeitante à formulação da Acusação. Fala-se em “direito de punir” (*jus puniendi*), “opinio delicti”, “proteção ao bem jurídico”, “conduta anti-social” etc., que são as categorias do campo penal e da Acusação, como um conjunto radicado e coeso de saberes do corpo de intérpretes – a “*communis opinio doctorum*” – a qual tende a “(...) conferir aparência de um fundamento transcendental às formas históricas da razão jurídica e à crença na visão ordenada da ordem social por eles produzida” ²⁶².

Além destes elementos lingüísticos, característicos do tecnicismo jurídico, contribuem para a produção do efeito mencionado as denominadas “fontes” do direito – entendidas como formas de produção normativa jurídico-penal: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina – compõem o *corpus* jurídico que é compartilhado pelos diferentes jogadores (atores) do campo (advogados, juízes, promotores, escrivães, delegados de polícia etc.), na lógica da divisão do trabalho de dominação simbólica, entre os quais estão aqueles que exercem, em nome do Estado, a Acusação.

O cânone jurídico é como que o reservatório de autoridade que garante à maneira de um banco central, a autoridade dos atos jurídicos singulares. É isto que explica a fraca inclinação do *habitus* jurídico para as posturas proféticas e, pelo contrário, a propensão, visível sobretudo nos juízes, para o papel de *lector*, de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz a obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la. ²⁶³

A Acusação, como atividade interpretadora da lei e de fatos, nunca é um ato isolado de um promotor de Justiça preocupado em agir como um

normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito.”

²⁶² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 214.

²⁶³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 214.

hermeneuta, agarrado ao rigor de um saber lógico-dedutivo como forma de obter a Verdade Acusatória. Pelo contrário, o conteúdo prático que se revela no conjunto da atividade acusatória é, antes, o resultado contingente de uma luta simbólica travada com atores detentores de diferentes capitais jurídicos (vítimas, testemunhas, policiais civis e militares, delegados, advogados, juízes, tribunais). O trabalho de racionalização da Acusação está mais adstrito às posturas éticas dos diversos agentes no processo de criminalização secundária do que propriamente às normas jurídicas. Deriva daí que a formulação da Verdade Acusatória, acedida ao estatuto de Acusação, não é senão uma interpretação de múltiplas interpretações anteriores, sempre sujeita, portanto, a um incessante e camaleônico travestismo. Isto decorre em parte da própria pertença de cada intérprete ao mundo²⁶⁴ e em parte da relação de forças entre os sujeitos interpretantes envolvidos no conjunto obra interpretadora.

O polimorfismo da matéria-prima da Acusação é resolvido numa inequação. A desigualdade entre os diversos elementos que compõem a “base fática” da Acusação (“as provas dos autos”) é resolvida num suposto campo teórico-jurídico comum – com pretensões científicas (teorias da norma penal, da conduta, do delito etc.) –, e é contrabalançada pela determinação de variáveis axiológicas que satisfazem a desigualdade (isto é, pelo desprezar-se o que não vai ser aceito como verdade). Dito de outro modo, a Acusação procura “domesticar” o mundo – e superar a sua polissemia – através dos diagramas dados pelo arcabouço dogmático, identificando e livrando-se de tudo aquilo que não tem serventia às suas pretensões.

A Acusação se vale da indagação (investigação, inquérito policial, processo), forma (re)nascida como meio de estabelecimento da verdade no campo penal renascentista, enriquecida com o acúmulo dogmático no campo

²⁶⁴ Este tema é profundamente explorado por Martin Heidegger no Segundo Capítulo da Primeira Parte de *Ser e Tempo*, “O ser-no-mundo em geral como constituição fundamental da presença (Dasein)” (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. p. 98-109) e também no Terceiro Capítulo – “A mundanidade do mundo” (p. 110-168). Terminologicamente, predomina em Heidegger o sentido ôntico do termo “mundo”, isto é, *mundo* “(...) é o contexto ‘em que’ uma presença fática vive como presença, e não o ente que a presença em sua essência não é, mas que pode vir ao seu encontro dentro do mundo. Mundo possui aqui um significado pré-ontologicamente existencial. Deste sentido, resultam diversas possibilidades: mundo ora indica o mundo ‘público’ do nós, ora o mundo circundante mais próximo (doméstico) e ‘próprio’” (p. 112).

penal (especialmente no último século), erigindo-se como forma de conhecimento *metódico, sistemático, exato e universalmente válido*.²⁶⁵ Além disso, ela tem a mesma base epistemológica do Sistema Penal. Assim sendo, o método que leva à *Verdade Acusatória* não passa de “*doxa* privilegiada”, visto que detrás das suas regras, dos seus instrumentos lógicos, “existe uma mentalidade difusa (onde se mesclam representações ideológicas, sociais e funcionais) que constitui a vigilância epistemológica pela Servidão do Estado.”²⁶⁶

As ambições científicas do campo jurídico penal, desta *apriorização*, acabam se traduzindo num conjunto de relações sintáticas, próprios da linguagem jurídica, em máscaras ideológicas do Poder Punitivo, que concorrem para a produção de dois efeitos racionalizadores: o de *neutralização* e o de *universalização*.²⁶⁷

O primeiro efeito, de *neutralização*, se expressa tanto na linguagem impessoal empregada (“o representante do Ministério Público”, “o denunciado”, “o acusado”, “a vítima”, “o agente”, “a confissão” etc.) quanto no acolhimento do que pode ser denominado *dogma da neutralidade moral*, pelo abrigo doutrinário da noção lugar-comum da presença funcional no processo-crime de um acusador “neutro”, “moralmente imparcial”, “sereno”, “fiscal da lei”.²⁶⁸

²⁶⁵ Estes predicados – lembra Heidegger – desde há muito foram atribuídos ao conhecimento intrínseco à ciência. (HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 432 p. Título original: *Einleitung in die Philosophie*, p. 45).

²⁶⁶ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. p. 16.

²⁶⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 215.

²⁶⁸ Quanto a este último aspecto são inúmeras as menções à neutralidade do acusador. Vide, por exemplo: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. p. 182; BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 350-351; CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO CRIME E O TRATAMENTO DOS DELINQUENTES, 8., 1990, Havana. **Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público**. Coimbra: Instituto de Direito Internacional e da Cooperação Com Os Estados e Comunidades Lusófonas - *Ius Gentium Conimbrigae* - (igc)., 2007. Disponível em: <<http://fd.uc.pt/hrc>>. Acesso em: 27 maio 2008; e CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 160-161. Mas ao contrário disso, “Os agentes do Ministério Público têm também seu ‘calo profissional’”. Apesar da independência sempre buscada e cultivada, esses órgãos são encarnados por seres humanos que, como tal, estão sujeitos ao condicionamento. Assim, o promotor ‘típico’ há de ter, também, uma maneira particular de ver as coisas, de valorar os fatos e pessoas. Ainda que seja pela intenção de contrabalançar o esforço da defesa, os promotores costumam exercer certa

O segundo efeito, de *universalização*, revela-se no *sentido jurídico* dado à base factual, que é a expressão, propriamente dita, da operacionalidade do campo jurídico: o trabalho de racionalização.

Com efeito, aquilo que se chama “o espírito jurídico” ou “o sentido jurídico” e que constitui o verdadeiro direito de entrada no campo (evidentemente, com uma maestria mínima dos meios jurídicos acumulados pelas sucessivas gerações, quer dizer, do *corpus* de textos canônicos e do modo de pensamento, de expressão e de ação, em que ele se reproduz e que ele o reproduz) consiste precisamente nesta postura universalizante.²⁶⁹

Efeito disso: o acusador encontrará a “verdade” para a qual estiver programado ideologicamente para encontrar. Este papel corresponde àquele exercido pelos inquisidores medievais:

(...) por efeito do próprio mecanismo deste saber [a inquisitio], o *subjectus* não só ocupa a posição dominante como também acaba, ele mesmo, dominado no exercício do seu saber (poder), pois é empurrado ou lançado (jogado) para baixo (sub), pelo peso do próprio *objectus* que se projeta (yecta) contra (*ob*). Esta dinâmica se explica porque o interrogador sempre pergunta *para poder* e, em consequência, só lhe interessa a parte da resposta que lhe outorga esse poder, porém o *ente* interrogado não sabe disso e, ademais, não tem outra forma de responder senão com toda a sua *entidade* (a pedra com sua *pedridade*, a vaca com sua *vaquidade* etc.). O interrogador não está preparado para esta resposta, não suporta toda a *entidade* que o interrogado lhe arremete, lhe *projeta* (*jectus*) contra (*ob*), e deste modo vai ficando achatado (empurrado para baixo, *subjectus*, sujeitado) pelo peso das respostas entitativas, que não quer processar porque não são necessárias ou úteis ao seu objetivo de poder e que, mesmo que quisesse, tampouco poderia fazê-lo, porque está treinado para não escutá-las.²⁷⁰

tendência em supervalorizar as provas acusatórias. O certo é que, consciente ou inconscientemente, terão sua maneira característica de reconstrução dos fatos.” (BRUM, Nilo Bairos de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 54).

²⁶⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 216.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, p. 40.

A indagação acusatória (inquisitiva) segue o *rigor* inerente à ciência na obtenção do conhecimento que está sendo buscado.

É fácil depreender que as coisas se dão assim devido ao modo como caracterizamos o rigor: a saber, o modo como pode ser conquistado e determinado o conhecimento adequado ao objeto. Rigor é conseqüentemente um determinado caráter da apropriação referente à adequação do objeto do conhecimento. Essa adequação do conhecimento está apreendida na definição escolástica de verdade: *Adaequatio intellectus ad rem*.

Rigor é o modo de conquista da verdade. Portanto, só ele tem sentido e função no interior da ciência, uma vez que essa tem por meta a apreensão da verdade. Pesquisa e doutrina científicas são conhecimento investigador, um modo determinado de o buscar, encontrar, manter, comunicar a verdade, bem como apropriar-se dela.²⁷¹

Entretanto, a impossibilidade de matematização de um saber como o que leva à convicção acusatória²⁷², permite que sejam impugnadas as suas pretensões de *neutralidade* e *universalidade*. A pré-determinação do conhecimento a ser conhecido, embora possa trazer num primeiro momento uma sensação de segurança e exatidão do objeto a ser conhecido – o crime –, pode justamente mostrar-se inadequada, por ocultar elementos (dados) importantes concernentes a este. “Essa in-adequação, essa não-conformidade com aquilo que o objeto requisita, é uma forma fundamental de não-verdade.”²⁷³

Como resultado, ao contrário de segurança, produz-se indeterminação (arbitrariedade) acusatória, pois a interpretação acusatória está pré-destinada a elaborar-se segundo os interesses do Poder.

Circunstâncias de momento, na balança do direito, pesam ora para um lado, ora para outro. É que a vontade se altera, se modifica no perigoso jogo das motivações pessoais, das influências recíprocas, das concessões e trocas de favores. A

²⁷¹ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. p. 47.

²⁷² *Convicção acusatória* é entendida, neste Relatório, como o resultado do processo investigatório que leva a um juízo prévio da existência de um crime por parte do órgão de Acusação.

²⁷³ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. p. 46.

liberdade de hoje não se repete na incerteza do amanhã. E a mesma fonte do direito (a lei, a autoridade pública, a ideologia social) percorre paradoxalmente caminhos opostos, sob a batuta de maestros que lhe atestam inigualável ubiqüidade em sua pujança normativa.²⁷⁴

Haverá, então, alguma possibilidade de Verdade Acusatória? A Acusação encontra-se numa encruzilhada. Deve-se decidir se o padrão gnosiológico do campo jurídico-penal deve ser mantido, isto é se deve ser preservado este modelo que traz consigo a aparência de verdade, pois uma sombra de verdade seria melhor do que verdade alguma; ou se há alguma Verdade Acusatória mais originária, a ser estabelecida por outro caminho que não seja o *método dogmático*.

3.4 VERDADE ACUSATÓRIA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O problema que se coloca, agora, é saber como hermenêutica constitucional pode constituir um *habitus* alternativo ao método investigativo-científico, produzido no interior da modernidade, para aquisição de discernimentos e reconhecimento da Verdade Acusatória.

Já ficou assentado neste Relatório, que a interpretação de mundo e do direito parte de um acusador intramundano, com seus valores e preconceitos (tramados no campo simbólico), o qual, por mais que se esforce, deles não irá se desvencilhar. Por isso torna-se necessário um esclarecimento ontológico que não se contente “apenas com uma exposição sumária das coordenadas fundamentais da ontologia do *mundo* de Descartes”²⁷⁵.

Há, neste ponto, que se esclarecer que a opção pela abordagem da questão acusatória sob o prisma da hermenêutica filosófica de cunho antimetafísico não se baseia em adesão cega a um corpo de crenças. Funda-se, antes, numa descrença. Não de qualquer descrença, mas da descrença no paradigma metafísico-representacional de Acusação e nas suas

²⁷⁴ BASTOS, João José Caldeira. **Curso Crítico de Direito Penal**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 67-68.

²⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. p. 139.

justificativas axiológicas que objetificam o homem e o degradam. A mesma descrença que leva à rejeição, neste Relatório, das inúmeras posturas consideradas críticas do direito, que também procuram por caminhos alternativos superar o paradigma formalista-normativista. Estas posturas, embora tentem superar o *habitus* do campo jurídico-penal – segundo o qual a norma é uma mera entidade lingüística e a verdade jurídica é estabelecida pela subsunção do mundo e seus acontecimentos ao seu modelo –, “acabam por transferir o lugar da produção do sentido do objetivismo para o subjetivismo; da coisa para a mente/consciência (subjetividade assujeitadora e fundante); da ontologia (metafísica clássica) para a filosofia da consciência (metafísica moderna). E por aí estacionam.” ²⁷⁶

A hermenêutica filosófica não é o conjunto de métodos ou procedimentos para obtenção de verdade, dedutivamente, mas sim uma forma de compreender a expressão do próprio modo de ser do homem no mundo: trata-se de uma forma de *compreensão dos momentos estruturais da compreensão*.

Compreender é “apreender (algo) intelectualmente, utilizando a capacidade de compreensão, de entendimento; perceber, atinar.” ²⁷⁷ A compreensão pertence ao Homem e não aos filósofos nem aos juristas. A noção hermenêutica de *compreensão* – explica Gadamer – independe dos métodos técnico-científicos da modernidade, pois já existia antes deles. Além disso, ela não está dissociada (destacada) do conjunto da experiência existencial humana (*pertence ao todo da experiência do homem no mundo*). Na verdade, ela faz parte da experiência *não de alguns* homens, mas de *todos* os homens. Viver é compreender. Desta forma, a primeira preocupação de quem deseja compreender não é construir um conhecimento “cientificamente seguro”, segundo os critérios

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Überrassungsverbot) à proibição de proteção deficiente (Unterrassungsverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições, Porto Alegre, v. 1, n. 2, Anual, 2004, p. 244.

²⁷⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. p. 1.105 (verbete: compreender).

metodológicos e demonstrativos da ciência, e sim de buscar uma conexão com verdades, de discerni-las.²⁷⁸

Compreender é encontrar um sentido e não impor um sentido; é ganhar e não perder com a facticidade das crenças, tradições, valorações e decisões da Sociedade.

(...) a idéia de método e o primado absoluto deste na compreensão das coisas remetem para o esquecimento de todo outro tipo de racionalidade, aquela que nada tem a ver com capacidades que se podem aprender e globalizar mas, antes de mais, com a facticidade das crenças, tradições, valorações e decisões que fundam uma comunidade de vida humana, na qual e apenas na qual a racionalidade finita forma a sua verdadeira textura relacional ou responsável. Por outras palavras, por meio da cultura metódica moderna, baseada numa concepção de autonomia concebida em puro solilóquio, a investigação orientou-se exclusivamente pelos critérios da produção eficaz. Separou-se do *ethos* e da possibilidade de escolha preferencial, isto é, da capacidade do enraizamento conivente e da abertura que caracteriza o humano, enquanto ser dotado de palavra (a verdadeira raiz de toda a autonomia) que pergunta e se diz ao outro, permitindo, por isso mesmo, compartilhar algo de comum aplicando-o de forma singular.²⁷⁹

Gadamer afirma, e nisso coincide com Heidegger, que toda compreensão é hermenêutica e, portanto, perquirir acerca da natureza da compreensão é perquirir sobre o simples movimento do ser-aí (Dasein), o qual constitui a sua finitude, a sua historicidade frente ao universo. Por conseguinte, o “estudo da hermenêutica é o estudo do Ser e, finalmente, o estudo da linguagem, porque o Ser que pode ser compreendido é linguagem”.²⁸⁰

A situação hermenêutica do Ser-que-acusa é a de Ser-verdadeiro, de Ser-descobridor (aletheia).

²⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. p. 29.

²⁷⁹ SILVA, Maria Luisa Portocarrero da. **A Europa e o destino das ciências humanas**. In REIMÃO, Cassiano (Org.). H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação - Colóquio. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 17.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. A constituição da verdade em Hans-G. Gadamer e Michel Foucault. p. 6-7.

Conforme Heidegger:

Ser-verdadeiro enquanto ser-descobridor é um modo de ser da presença. O que possibilita esse descobrir em si mesmo deve ser necessariamente considerado “verdadeiro”, num sentido ainda mais originário. Os *fundamentos ontológicos-existenciais do próprio descobrir é que mostram o fenômeno mais originário da verdade*. Descobrir é um modo de ser-no-mundo. A ocupação que se dá na circunvisão ou que se concentra na observação descobre entes intramundanos. São estes o que se descobre. São “verdadeiros” num duplo sentido. Primordialmente verdadeiro, isto é, exercendo a ação de descobrir, é a presença. Num segundo sentido, a verdade não diz o ser-descobridor (o descobrimento) mas o ser-descoberto (descoberta).²⁸¹

Nesse quadro, conforme foi visto, a linguagem assume papel preponderante. “Todos os fenômenos do entendimento, da compreensão e da incompreensão, que forma o objeto da assim chamada hermenêutica, representam um fenômeno da linguagem”²⁸². A linguagem e a natureza conceitual da interpretação foram por ele reconhecidas como momento estrutural da compreensão; com isso, a linguagem, com as suas tensões e antagonismos, que ocupava uma posição ocasional e marginal, passa a ocupar o centro da filosofia (“a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser *condição de possibilidade*”²⁸³). Sem linguagem não há compreensão, nem interpretação, nem conhecimento da realidade; não há, portanto, hermenêutica.

Levando em conta que tudo o que se pode saber sobre o evento (o crime), sobre o seu enquadramento jurídico (a capitulação) e sobre o homem (a quem é imputada aquela prática) é linguagem (texto, num sentido amplo), então a Acusação – que se dirige à *renormatização do conflito* –, está adstrita a todas as limitações e contradições inerentes à linguagem. O recurso à

²⁸¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. p. 291.

²⁸² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. p. 222.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Überrassungsverbot) à proibição de proteção deficiente (Unterrassungsverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. p. 244.

oralidade processual, a forma como são colhidas as provas e os testemunhos, remetem às imagens de situações e acontecimentos que se quer apurar. Todo o processo cognitivo de uma infração penal, portanto, será objeto de interpretações, compreensões e textualizações sucessivas. A interpretação – segundo Pareyson – é forma de conhecimento inseparavelmente veritativa e histórica, ontológica e pessoal, de modo que:

Toda relação humana, quer se trate do conhecer ou do agir, do acesso à arte ou das relações entre pessoas, do saber histórico e da meditação filosófica, tem sempre um caráter interpretativo. Isto não ocorreria se a interpretação não fosse de per si originária: ela qualifica aquela relação com o ser na qual reside o próprio ser do homem; nela se atualiza a primigênia solidariedade do homem com a verdade. E esta originariedade da interpretação explica não só o caráter ontológico de toda interpretação, por determinada e particular que seja. Interpretar significa transcender, e não se pode falar dos entes, autenticamente, sem ao mesmo tempo referir-se ao ser. Em suma: a originária relação ontológica é necessariamente hermenêutica, e toda interpretação tem necessariamente um caráter ontológico.²⁸⁴

Em virtude deste caráter universal da hermenêutica, não há distinção a se fazer entre a interpretação que o acusador dá do fato histórico “crime” (que trabalha sobre as outras interpretações que a ele foram conduzidas, os chamados “elementos de prova” ou “indícios”) e aquela que ele dá dos textos legais (os códigos, a Constituição), que lhe permitem o enquadramento jurídico daquele. São, por isso, uma e outra coessenciais na determinação da Verdade Acusatória.

Em que, então, reside a diferença entre a hermenêutica constitucional (esta vista sob a perspectiva da virgem ontológica) e as demais posturas interpretativas? Em qualquer caso se interpretam leis e fatos, não havendo novidade alguma nesta “descoberta”.

²⁸⁴ PAREYSON, Luigi. **Verdade e interpretação**. Tradução de Maria Helena Nery Garcez e Sandra Neves Abdo. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 51. Título original: Verità e interpretazione.

A diferença situa-se na idéia de que a compreensão, antes de ser pautada por qualquer conhecimento “científico” ou metodologicamente explicado pelo intérprete, passa por um processo pré-compreensivo (pré-predicativo, pré-locucional). Este processo pré-compreensivo é universal, pois todo indivíduo recebe influências das idéias e concepções finitas de seu tempo, sendo impossível, por mais que se esforce, delas desvencilhar-se. A verdade, assim concebida, não é tem a mesma estrutura da concepção defendida pelo Positivismo, pois não tem o respaldo do universalmente válido e neutro, mas é conquistada com base nas possibilidades de compreensão que estão à disposição do intérprete.

Assim sendo, será a pré-compreensão do acusador (intérprete) do *lugar* da Acusação no Estado Constitucional Democrático, que delineará o papel “constitucionalizador” do Poder Acusatório relativamente ao Poder Punitivo. Neste caso o método dogmático do direito penal ainda serve, mas não com a mesma função primária (de controle neutro e universal da compreensão), mas como um momento da compreensão conformado aos pré-juízos constituídos segundo a Constituição. O problema da Acusação trata-se, pois, de problema fundamentalmente hermenêutico, ligado ao dar sentido à relação entre Estado e Sociedade, devendo ser lembrada a lição de Streck:

Sendo um texto jurídico – cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido – válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade existe uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, *que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença* “faticidade-historicidade do intérprete e da Constituição – texto infraconstitucional”. Um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) jamais é interpretado desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição.²⁸⁵

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. p. 244.

Parafraseando Streck, pode-se afirmar que uma “baixa compreensão” acerca do sentido de Constituição naquilo que ela representa no campo jurídico-penal no Estado de Constitucional Democrático, acarretará invariavelmente a sua “baixa aplicação” na formulação da Acusação.

Assim, uma vez que “a verdade no campo jurídico é hermenêutica”, como (re)afirma Streck²⁸⁶, a Verdade Acusatória também o é, não sendo o seu enunciado normativo – a denúncia (descrição e classificação do delito segundo os fatos narrados) – produto da vontade arbitrária do acusador. Não tem o Ministério Público a liberdade para criar discricionariamente sentidos aos fatos. O sentido decorre da pré-compreensão, da antecipação de sentido que se dá na aplicação.

Esta pré-compreensão parte do próprio sentido de *pertença* do acusador a uma ordem Constitucional pautada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Ele não é um acusador de qualquer ordem jurídica. O Ministério Público pós 1988, no campo penal, é, indivisivelmente, segundo a Constituição da República, *defensor-da-ordem-jurídica-do-regime-democrático-e-dos-interesses-sociais-e-individuais-indisponíveis*.

3.5 PROIBIDADE ACUSATÓRIA E INTERPRETAÇÃO

Conforme foi enunciado anteriormente neste Relatório de Pesquisa, a *Verdade Acusatória* se constitui num enunciado lingüístico com estrutura hipotética que pretende ser um projeto de outro enunciado lingüístico normativo – uma decisão judicial – que espelhe *verdade jurídica*. Sabe-se que uma e outra são *verdades hermenêuticas*. Sabe-se, igualmente, que ambas podem resultar de *baixa compreensão* do sentido de Constituição e que esta baixa compreensão acarreta uma *baixa aplicação* da Constituição no campo penal.

No que diz respeito à Acusação, a existência de uma pré-compreensão adequada (correspondente à *pertença* do acusador ao Estado de

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 260.

Direito Constitucional), trabalhada sobre pré-juízos autênticos (dados pela Constituição), poderá levar a uma interpretação/aplicação contida da legislação penal e o exercício refreado do Poder Punitivo. Por outro lado, se os pré-juízos estão dominados pelo *habitus* do campo jurídico penal e a sua ordem gnosiológica, o Sistema Penal permanecerá no rumo atual, dirigindo-se ao caos e à *distopia*²⁸⁷. A primeira forma reveste-se, num certo sentido (adiante explanado), de *probidade*; a segunda, de *improbidade*.

Probidade, em língua portuguesa, é “qualidade do que é probo; integridade, honestidade, retidão”²⁸⁸. “*Probitas (probitatis)*”, em latim, indica *honradez* e *probidade*, mas também significa *modéstia*. O radical de *probitas* é *probus*: “crescer reto”, ou ainda, “o que é bom, bem feito, sólido; louvável; legítimo (*vinum probum*: vinho genuíno); moralmente bom, de bons costumes, honesto, honrado, virtuoso; modesto.”²⁸⁹

Não se quer dizer que toda Acusação não-constitucional seja desonesta – no sentido de má-fé criminosa – e sim que ela configura uma espécie de “velamento”, “ocultação”, “desvirtuamento”, que se aproxima da idéia de “não-genuíno”, “torto”.

É que há, no particular, um índice de adequação e de retidão na Acusação constitucional que a torna paradigmaticamente proba. Esta probidade é que protege o acusador da *fossilização* e do *isolamento*, do *pathos* e da rotina, do embrutecimento, riscos que costumam se instaurar tão facilmente no exercício profissional.

Numa sociedade superorganizada, são inúmeros os *fatores externos* que exercem influência sobre o Poder Acusatório. Podem ser as pressões de grupos, segundo a medida de seu poder econômico, social e político;

²⁸⁷ Isto é: a antítese de **utopia**. Distopia, palavra formada pelo prefixo grego “**δυσ-**” (que significa dificuldade contrariedade ou desgraça) e pela palavra “**τόπος**” (lugar, sítio, espaço), assume o significado simbólico de vida em uma sociedade idealmente indesejável, na qual as técnicas de controle social são exercidas totalitariamente, de forma autoritária, desigual e opressiva.

²⁸⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. p. 1553 (verbete: probidade).

²⁸⁹ KOEHLER, Henrique. **Pequeno dicionário latino-português**. p. 245.

podem ser, também, as pressões institucionais, naturais em toda corporação, que exigem comportamento de “perseguidor sistemático” dos promotores (programações de intolerância); podem ser, igualmente, as pressões dos órgãos de imprensa, que retiram o espaço de liberdade ao juízo adequado, etc. Há também os *fatores internos*. Estes, em parte, coincidem com as pré-compreensões mal-formadas da Constituição (e da própria função) e, em parte, com os riscos de sempre se considerar como verdadeiro aquilo que corresponde aos interesses dos detentores do Poder.

Gadamer, ao abordar este fenômeno, relativamente ao pesquisador-cientista, alerta para os riscos constantes de se buscar aprovações externas ou internas à enunciação da verdade:

Embora a idéia de verdade presida a vida do investigador de maneira incondicional e inequívoca, sua franqueza para falar é limitada e polivalente. Ele deve saber da repercussão de sua palavra e responsabilidade por isso. O reverso diabólico desse contexto é porém que, em vista dessa repercussão, ele vê-se tentado a proclamar aos outros e até a persuadir a si próprio de que a verdade é na realidade aquilo que lhe dita a opinião pública ou os interesses do poder do Estado. Há aqui uma pertença íntima entre a limitação de expor a opinião e a falta de liberdade do próprio pensamento.²⁹⁰

Obviamente, o discurso predominantemente “acusacionista” do Ministério Público não se reduz aos mencionados fatores, fazendo-se necessários estudos específicos neste sentido. Fica evidente, porém, que a improbidade acusatória está ligada à dissimulação, à redefinição potestativa das palavras da lei e a falsificabilidade do sentido da Acusação.

Por outro lado, a probidade prende-se justamente ao ideal de concretização do que está constitucionalmente estabelecido.²⁹¹ *A Verdade*

²⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: Complementos e índice. p. 57.

²⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 489-490: “A tarefa de interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação

Acusatória deve ser formada conforme a Constituição, pois ela é espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e zona de mediação da legalidade e legitimidade (justiça). Ela, na sua substancialidade, é o lugar (topos) hermenêutico que conformará a interpretação do sistema jurídico. Destarte, toda Acusação deve passar por um processo de “contaminação constitucional”.²⁹² Isto abre um novo debate no campo penal: será possível *probidade acusatória* com uma racionalidade tão estreita como a vigente no tempo presente?

3.6 DA RAZÃO ACUSATÓRIA INDOLENTE À RAZÃO ACUSATÓRIA EMANCIPATÓRIA

A conjuntura da Acusação no Brasil é um tanto complexa: é possível afirmar que o Sistema Penal – razão de ser da Acusação – tem problemas reais para os quais não são apontadas, na mesma medida, soluções reais. Os exercícios de força e de violência do Estado, no domínio da coerção penal, por sua concentração e intensidade, estão entre os atos que podem causar os danos mais graves e irreversíveis a uma pessoa.

As prisões brasileiras são inseguras, insalubres e superlotadas. A maioria dos presos não tem assistência jurídica adequada, nem durante os processos nem no curso da execução da pena. Centenas de condenados cumprem pena em locais impróprios (em celas nas delegacias de

justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos. Qualquer advogado ou conselheiro está em princípio capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa de concreção não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos que conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem judicial seja reconhecida como válida para todos e que, por conseguinte, não existam exceções quanto a ele. Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.”

²⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 248-254.

polícia ou em estabelecimentos destinados a presos provisórios). São relatados, em todo o País, problemas com a alimentação e alojamento. Além disso, de um modo geral, não há formação do preso para o trabalho e os projetos que investem em instrução escolar são incipientes e isolados. E mais, as regras elementares dos regimes prisionais não são cumpridas. Somem-se a isto as rebeliões, as fugas em massa, os estupros e a indefectível corrupção dos agentes prisionais. Fora da prisão, aqueles que saem não encontram colocação no mercado de trabalho e acabam retornando às prisões, como reincidentes.²⁹³

Relativamente aos que não chegam a ser presos, os que cometeram delitos menores (de menor potencial ofensivo), passíveis de transação penal, ou que tenham sido beneficiados por *sursis* processual (suspensão condicional do processo), ou, ainda, os “favorecidos” com penas alternativas e os do regime aberto, o Estado se contenta com a manutenção da vigilância sobre a população criminalizada²⁹⁴. Nada mais.

Entrementes, com máquinas à toda, a linha de produção dos processos criminais no Judiciário, com a colaboração operacional do Ministério Público continua gerando prisões e condenações em ritmo acelerado.²⁹⁵

Porém a maioria dos crimes cometidos jamais chegará ao conhecimento da Justiça²⁹⁶.

²⁹³ Estes notórios problemas (e muitos outros) foram descritos em detalhes no Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados (BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário brasileiro, etc. Disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/sistema-prisional/CPIsistemacarcerario.pdf/view>> Acesso em: 30 nov. 2009.

²⁹⁴ Vide item 1.3.3.

²⁹⁵ Apesar destes esforços, como se sabe, muitos dos mandados de prisão da Justiça jamais serão cumpridos, por absoluta falta de capacidade técnica do Estado. De acordo com o Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados (BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário brasileiro, etc.), o sistema prisional brasileiro ocupa o quarto lugar no mundo em número de pessoas, com uma população carcerária de aproximadamente 420.000 pessoas, estando atrás dos Estados Unidos da América (2,2 milhões de presos), da China (1,5 milhão de presos) e da Rússia (870 mil presos). Em percentuais aproximados, os presos estão assim distribuídos no Sistema Penal: 13%, na polícia (nas delegacias); e nos estabelecimentos penais 30% são presos provisórios, 37% estão cumprindo pena no regime fechado, 14% estão no regime semi-aberto, 5% no regime aberto, e 1% sob o regime de medida de segurança (p. 52-53). Em todo o Brasil há mais de 500 mil mandados de prisão expedidos e não cumpridos (p. 21). “Santa Catarina tem 12.500 presos e apenas 6.475 vagas, havendo um déficit de 4.633 vagas. Há no Estado 10.000 mandados de prisão a cumprir.” (p. 14).

Paralelamente a estas irracionalidades oficiais, o Sistema Penal mantém as suas práticas subterrâneas: as torturas durante as investigações e nas prisões, os extermínios, as humilhações aos acusados e aos seus familiares, as violações de domicílio etc.

O quadro é assaz conhecido e é justamente nele que se situa a atividade supostamente racional da Acusação. Com base nela é que se enuncia a última questão deste Relatório de Pesquisa: que tipo de racionalidade deve presidir a *Verdade Acusatória* no contexto atual?

Hoje se vive uma crise da Acusação em virtude da desconexão entre a razão acusatória (seu paradigma metafísico-representacional) e o modelo prescritivo de Estado Constitucional Democrático e de Ministério Público. Têm-se, em virtude disto, paradoxalmente, uma teoria acusatória cega e uma prática acusatória antidemocrática, anti-republicana e, por isso, inconstitucional. O grande desafio, ao mesmo tempo hermenêutico e político, é fazer da Acusação uma barreira de contenção às irracionalidades do Sistema Penal.

O primeiro passo é a tomada de consciência.

Traçando um paralelo com o pensamento de Santos, em sua contundente crítica à dimensão epistemológica convencional das ciências sociais, aproveitando a metáfora por ele empregada, pode-se classificar a razão acusatória vigente no País como *razão indolente*. Razão indolente é uma razão preguiçosa, insensível, indiferente, “é uma racionalidade que não se exerce muito, que não tem necessidade de se exercitar bastante” ²⁹⁷.

²⁹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. p. 263: “Os delitos não perseguidos, que não atingindo o limiar conhecido pela polícia (pois não se realizam nas ruas por onde ela passa), nem chegam a nascer como fato estatístico, constituem a propriamente chamada criminalidade oculta, latente ou não-oficial. E embora se reconheça a dificuldade de fornecer números precisos a seu respeito e, por extensão, da criminalidade real, as diversas investigações empíricas a respeito, ainda que parciais, são suficientemente representativas para concluir que esta cifra negra ‘é considerável’ e que a ‘criminalidade real é muito maior que a oficialmente registrada’.”

²⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p.25. Título original: *Renovar la teoria critica y reinventar la emancipación social*.

Conforme o mesmo autor, a razão indolente se manifesta de dois modos: contraindo o presente (*razão metonímica*) e dilatando o futuro (*razão proléptica*).²⁹⁸ A *razão acusatória indolente* tem também esta dupla característica: contrai o presente e expande infinitamente o futuro. É, sem dúvida, uma razão preguiçosa de pensar, que encara, sem angústia, a situação fugaz presente (*razão acusatória metonímica*), e se projeta irresponsavelmente para o futuro (*razão acusatória proléptica*).

Como resultado, as mazelas do Sistema Penal se fazem invisíveis ao acusador. A razão acusatória indolente é *procrastinadora*: ela faz da razão jurídica, de seu método dogmático, um álibi para autoritarismos no presente e, ao mesmo tempo adia põe em suspenso as irracionalidades. Não há nenhum efeito no presente, pois o presente é passageiro. Por outro lado, segundo este modo de pensar (ou de não-pensar) a Acusação, o futuro acontece numa linearidade (continuidade) com o presente; e, por isso, *não há pensamento alternativo* que planeje modificá-lo.

A Acusação indolente é formulada de forma inconseqüente, sem que se tenha a exata noção do que significa o ato de imputar e os seus efeitos relativamente aos indivíduos imputados. A cultura acusatória preguiçosa se manifesta de muitos modos (e todos justificados pelos sistemas simbólicos que a sustentam) e que podem muito bem ser resumidos na máxima “*in dubio pro societate*”, acolhida como postulado fundamental da Acusação.

O aforismo referido baseia-se na crença de que a Verdade Acusatória deve se formar tendencialmente “em favor da sociedade” (“*in dubio pro*

²⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. p. 25-26, *passim*: “A razão metonímica. Metonímia é uma figura da teoria literária e da retórica que significa tomar a parte pelo todo [mais especificamente a definição de sinédoque, um tipo de metonímia (NE)]. E essa é uma racionalidade que facilmente toma a parte pelo todo, porque tem um conceito de totalidade feito de partes homogêneas, e nada do que fica fora dessa totalidade interessa. Então, tem um conceito restrito de totalidade construído por partes homogêneas. Esse modo da razão indolente, que chamo razão metonímica, faz algo que, a meu ver, é um dos dois aspectos do desperdício da experiência: contrai, diminui, subtrai o presente. Ou seja, temos uma concepção do presente que é contraída, precisamente porque a concepção da racionalidade que possuímos não nos permite ter uma visão ampla do presente. (...) A *razão proléptica* é a segunda forma. Prolepse é uma figura literária bastante encontrada nos romances, nos quais o narrador sugere claramente a idéia de que conhece bem o fim mas não vai contá-lo. É conhecer o presente a história futura. Nossa razão ocidental é muito proléptica, no sentido de que já sabemos qual é o futuro: o progresso, o desenvolvimento do que temos. (...)”

societate”). Assim, havendo prova da materialidade ou indicativos da ocorrência de uma infração penal e indícios de autoria, deve o promotor sempre promover a Acusação, deixando a dilação probatória para a fase judicial. Existindo dúvida, pois a prova colhida na investigação policial é ambígua ou insuficiente, estando já esgotadas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, segundo a razão acusatória indolente, posterga-se a decisão de mérito, resolvendo-se a dúvida em desfavor do indiciado. Tal entendimento decorre da radicalização do chamado *princípio da obrigatoriedade da ação penal*, segundo o qual “o Ministério Público deve propor ação penal pública sempre que estiver com um fato típico, ilícito e culpável nas mãos, devidamente comprovado ou com elementos que o autorizem a iniciar a persecução penal.”²⁹⁹

Contudo, o que seriam estes “elementos” mínimos autorizadores da deflagração de ação penal?

A jurisprudência vem reafirmando (e frequentemente mencionando o “*princípio in dubio pro societate*” como critério decisivo da “*opinio delicti*”³⁰⁰) que, estando presentes os indícios, ainda que mínimos, de materialidade e autoria, uma vez preenchidos os requisitos formais do art.41, do CPP, sendo a imputação clara e específica, permitindo a adequação típica e, simultaneamente, a ampla defesa, não poderá ser rejeitada a denúncia.³⁰¹

O problema reside, entretanto, não no entendimento em si, mas sim no emprego que se faz desse entendimento na prática. Parece evidente, principalmente depois de tudo o que se sustentou acerca do caráter constitucional que deve ter a Acusação, que os elementos mínimos não podem ser aqueles definidos e arbitrariamente acolhidos pelo órgão acusador. Eles devem, ao

²⁹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 204.

³⁰⁰ Vide: BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. Ação penal 2003.02.01.016730-1. Corte Especial. Decisão de recebimento de denúncia do Ministério Público Federal. Relatora Des. Federal Vera Lúcia Lima da Silva. 9 de março de 2006. Disponível em <<http://www.trf2.gov.br/jurisprudencia/acordaos.html>> Acesso em 30 nov. 2009.

³⁰¹ Vide, por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 44.990/RJ/2005/009665-7. Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário. Arts. 180 e 311, ambos do Código Penal. Trancamento de ação penal. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa. Inocorrência. Relator Ministro Felix Fischer. 14 de março de 2006. Publicação DJU 02 de maio de 2006, p. 345. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 30 nov. 2009.

contrário disso, resultar de um processo criterioso – hermenêutico – de interpretação da prova, tendo-se em mente sempre que a imputação atinge direta e gravemente o *status dignitatis* do acusado.³⁰²

O Código de Processo Penal brasileiro em vigor estabelece no seu art. 395 que “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.” É preciso, contudo, alargar e não estreitar este conceito de justa causa. Justa causa, no Estado Constitucional Democrático, é mais do que a aparência de verdade de uma versão (verossimilhança); ela decorre do reconhecimento, em um juízo preliminar, da existência de elementos de prova com potencial para sustentar idoneamente em juízo autoria e materialidade da infração penal. Mas não somente isto. Impende avaliar também a tipicidade e ilicitude da conduta e a culpabilidade do agente.³⁰³

A Verdade Acusatória não pode ser meramente potestativa e, por isso mesmo, não deve residir na simples opinião, no “desejo ou sentimento de justiça” do promotor ou em qualquer motivo não declarado. A indagação (o Inquérito) foi erigida historicamente como a forma jurídica de estabelecimento da verdade, para assegurar um mínimo de racionalidade em meio à estrondosa irracionalidade do Sistema Penal.

Do ponto de vista das garantias, o procedimento (o conjunto das provas legalmente obtido) constitui uma “regra do jogo” que não pode ser relativizada nem suavizada. “A justa causa, com um mínimo de elementos que viabilizem o exercício da ação penal, deve consubstanciar-se no inquérito policial ou em quaisquer das peças de informação”³⁰⁴. A Verdade Acusatória está, portanto, limitada pelos elementos de convicção que a sustentam, ou seja, pelas as provas legalmente produzidas, sobre as quais recairá a ação interpretadora do acusador. Neste caso, não há espaço para resolução de dúvidas em desfavor do acusado.

³⁰² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. p. 114.

³⁰³ SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Opinio delicti**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 51.

³⁰⁴ SOUZA, Alexander Araujo de. **O abuso do direito no processo penal**. p. 94.

Mas alguém, então, dirá que, neste caso, a certeza (convicção) para Acusar deve ser a mesma para condenar. De certo modo sim, se forem considerados os elementos de convicção disponíveis nos respectivos momentos de formação da convicção. A diferença entre as duas atividades interpretativas (além do fato de que são realizadas por órgãos diferentes e em momentos distintos) está no caráter provisório (hipotético) da primeira. Quer dizer, a Verdade Acusatória pode ser derrubada no curso do processo criminal por outros elementos de prova produzidos perante o juiz, sem que isso lhe retire o caráter de seriedade ou de probidade. No entanto não será séria nem proba a Acusação formulada por capricho ou leviandade, isto é, a produzida num *estado de dúvida*.

De uma forma muito evidente, a libertação da acusação para a sua destinação constitucional (razão acusatória emancipatória) deve-se dar pelo caminho da Hermenêutica Constitucional. Quando se pensa em emancipação, evoca-se a idéia de libertação. Libertação dos velhos padrões acusatórios, dos velhos modos, dos hábitos autoritários que não pertencem ao Estado Constitucional Democrático.

Assim sendo, sair da indolência é, por exemplo, inverter a ordem da dúvida na formulação da Acusação: na dúvida nunca se acusa. É, além disso, trabalhar com critérios decentes (efetivamente fundamentados) no que tange às prisões cautelares, não vagando na correnteza das representações das autoridades policiais, nem se deixando levar por suposições infundadas. Consiste, também, em não se deixar levar pela *síndrome da produtividade* ou do *trabalho em dia*, que pode obliterar o exercício hermenêutico efetivo de filtragem constitucional da Acusação. Implica não ceder às pressões nem da mídia nem às influências internas (dos chamados órgãos de apoio da Instituição) que são capazes de conduzir a convicções inadequadas e errôneas.

Estas atitudes, que são comportamentos hermenêuticos, acima de tudo, são hábeis para reinserir o homem-acusador na história, no seu mundo. Podem levá-lo a compreender que, no Brasil atual, a sua verdadeira função é de elemento limitador do Poder Punitivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para manter fidelidade à proposta da investigação e, conseqüentemente, ao objetivo deste Relatório, embora metodologicamente se façam necessárias algumas “considerações finais” sobre o trabalho, serão alinhadas aqui algumas “considerações que dão início” ao debate sobre a Acusação. Retorna-se, destarte, ao que foi estabelecido como meta no Capítulo 1, de *abrir* (e não de fechar) uma *conversação hermenêutica* sobre o assunto.

Foi definido, com este objetivo, como *horizonte do perguntar*, aquele em que habita discursivamente a definição de Acusação: o horizonte do controle social penal institucionalizado. É neste que se dá o sentido e a orientação da Acusação. Por isso, para compreendê-la, como objeto de interpretação, foram formulados questionamentos e ensaiadas algumas respostas, num processo dialógico, que constituem, por assim dizer, o nervo central do Relatório ora apresentado.

Pois bem, a real dimensão da experiência hermenêutica se dá justamente nesta relação entre o perguntar e o compreender, ou seja, numa atitude que procura superar a mera reprodução das opiniões. Foi o que se pretendeu, aqui, através de um exercício concreto e proposital de provocação ao debate, como cumpre a um instrumento de reflexão.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi estabelecida como o ponto de partida da pesquisa sobre a Acusação. Mais especificamente, desenvolveu-se a idéia de que a pré-compreensão da Acusação – entendida como a atribuição formal a alguém da prática de uma infração penal – somente será bem formada se for compreendida a sua conexão funcional com a Instituição incumbida constitucionalmente da ação penal pública: o Ministério Público (CRFB, art. 129, I). Não pode ser considerado como aleatório nem despropositado o alinhamento da função acusatória às demais incumbências de caráter não-penal do Ministério Público. Dito de outro modo, a Acusação constitucional será aquela balizada pelo cumprimento da missão institucional de

“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis” (CRFB, art. 127, *caput*). Sendo assim, no coração do paradigma acusatório-constitucional foi posta uma Instituição com vocação à defesa dos Direitos Fundamentais, o que indica que o encargo constitucional de acusar não se restringe à definição de legitimidade ativa da ação penal. No campo jurídico-penal a Acusação não pode ser mais concebida como simples instrumento do Poder Político; pelo contrário, ela envolve um proceder institucional protetor e não-autoritário, com vistas ao exercício limitado do Poder Punitivo.

Uma vez assentado este alicerce, passou-se a interpretar o fenômeno “Acusação”, abrindo-se sobre ela uma conversação hermenêutica, “trazendo-a a fala” no discurso, num processo de comunicação (interlocução). Para compreensão da Acusação, constituiu-se um processo hermenêutico, que principiou com a pré-compreensão das categorias a ela relacionadas de forma adjacente (*Poder, Poder Social, Poder Político, Poder Punitivo* e, incidentalmente, outras categorias que lhes sejam inerentes), culminando com uma proposta preliminar de conceito operacional, a saber: *Acusação é a atribuição a alguém da prática de uma infração penal, formulada em regra por um órgão estatal e excepcionalmente pelo particular, de forma oral ou por escrito, nos termos da lei processual penal, consistente em um processo de redefinição de uma situação conflitiva concreta, sobre a qual possa incidir, em tese, o Poder Punitivo (normatização concreta), com vistas ao exercício limitado deste Poder, mediante a explicitação das causas da imputação (razões de fato e de direito).*

A fim de aprofundar um pouco mais a abordagem do tema, direcionou-se observação à relação entre Acusação e as percepções ou imagens sociais do Poder Punitivo, isto é, aos valores sociais que o correspondem. Deste modo, àquela noção prévia de Acusação, foram agregadas as idéias de sistema simbólico, Poder simbólico, produções simbólicas, campos sociais, campo jurídico e *habitus*. Sob a perspectiva destes outros conceitos, foi possível reconhecer que a Acusação se vale dos sistemas simbólicos que a estruturam (a Acusação é estruturada a partir de estruturas prévias de Poder) e também porque ela serve como base de consenso (a Acusação é estruturante, pois constrói estruturas de Poder). Assim sendo, ela é resultante de um exercício de Poder simbólico, visto

que ela contribui diretamente para o estabelecimento e manutenção de certa ordem gnosiológica do mundo e para o conformismo lógico tanto no meio jurídico quanto no mundo laico. O *habitus* da Acusação é decisivo na definição simbólica de valores, que são reafirmados pela própria divisão de trabalho e pela “disputa” entre os múltiplos operadores do Sistema Penal, tendo como efeitos o fortalecimento do campo jurídico e de seu *modo de produção*. Por outro lado, a divisão de trabalho, traduzida na *burocratização do segmento judicial* tem efeito direto na forma como é exercida a Acusação: as interpretações do mundo formuladas pelo acusador partem de seu “*eu-jurídico*”, das representações de crime e criminoso dadas pelos tratados dogmáticos e das concepções de justo e de injusto determinadas pelo sistema simbólico que sustenta o campo (o acusador defende a “verdade” que se espera que ele defenda).

Há, por força das concepções impressas pelos sistemas simbólicos na mente do acusador, um campo epistemológico definido para a produção de verdades no campo jurídico-penal, que pode ser assim resumido: *O ressurgimento do Inquérito na Renascença decorreu de situações políticas e econômicas concretas, em função das quais ele passou a servir de instrumento da Inquisição e de dominação dos Estados emergentes. Por meio dele se começou a conduzir, pela via legitimadora da racionalidade, do saber demonstrativo, a seletividade estrutural do Sistema Penal. Esta seletividade, que não é de forma alguma arbitrária nem acidental, decorre de um processo histórico real de afirmação de um Poder e também da individualização dos inimigos deste Poder, dos quais, segundo este discurso, a Sociedade deve se defender. O esquema do Inquérito e tornou instrumento essencial ao “autoritarismo cool” do Sistema Penal brasileiro, fundado no critério de periculosidade presumida e operado principalmente mediante prisões cautelares. A Acusação traduz este autoritarismo, o qual se revela em condutas/atitudes configuradoras de abuso de acusação.*

No campo político da Acusação busca-se precisamente o ajustamento desta realidade ao paradigma do Estado Democrático Constitucional e de Ministério Público desenhado na Constituição de 1988. O déficit entre as expectativas e discrepâncias denota um processo inacabado de superação do

velho paradigma de Ministério Público e termina por constituir, na prática, pelo menos três ministérios públicos: um da coletividade, amigo da cidadania; outro, com atribuições criminais, que declara-se “inimigo da criminalidade” e trabalha fundado na ideologia da defesa social; e outro, também da área criminal, que compreende a (des)funcionalidade do agir inquisitorial e as falácias da ideologia de defesa social, mas ainda permanece preso ao *habitus* do campo jurídico-penal.

Como forma de superação desta crise, deve-se voltar à idéia de imposição de limites ao Poder Punitivo mediante o exercício constitucional da Acusação. Tal noção de limitação está subentendida no novo papel estabelecido para o Ministério Público pós 1988 e constitui o cerne da sua atividade no campo criminal. A Instituição não é, como se poderia supor, um novo *dominus* (inquisidor) em substituição ao juiz; ela, ao contrário, segundo a programação constitucional, elemento indispensável à edificação de uma *barreira de contenção* do Poder Punitivo.

Com efeito, para que a Acusação seja efetivamente uma barreira de contenção ao Poder Punitivo, ela deverá ser formulada segundo a *Verdade Acusatória*, a qual, no seu sentido formal, deve compor-se de três elementos: a) forma proposicional; b) provisoriedade; e c) verificabilidade. Ela deve conter a imputação numa proposição clara, formulada pela acusação, como hipótese fundante da investigação especializada (ação penal ou inquérito). Esta proposição é admitida *como um princípio* a partir do qual se pode deduzir um determinado conjunto de conseqüências, formuladas sobre uma base empírica que a sustente como verdade prévia e provisória (*justa causa*).

Como se vê, a verdade no campo jurídico-penal é hermenêutica, não sendo o seu enunciado normativo acusatório produto da vontade arbitrária do acusador.

Portanto, resta um caminho: a libertação da acusação dos velhos padrões acusatórios, dos velhos hábitos autoritários que não pertencem ao Estado Constitucional Democrático, deve ocorrer pela senda da Hermenêutica Constitucional (que antes foi denominada de *razão acusatória emancipatória*).

Por fim, é necessário destacar que as hipóteses formuladas na introdução deste Relatório de Pesquisa foram confirmadas, uma vez que foi possível verificar:

a) que a Acusação está associada às percepções e imagens sociais do Poder Punitivo e que, como tal, é estruturada a partir de estruturas prévias de Poder e, simultaneamente, serve de fundamento a tais estruturas, estabelecendo, assim, bases de conformidade na persecução penal;

b) que a Acusação se forma pelo entrelaçamento do paradigma criminológico dominante com a técnica judiciária de estabelecimento de verdades no campo jurídico (o Inquérito);

c) que, no desenho estrutural do Ministério Público brasileiro, traçado pela Constituição da República de 1988, a instituição foi situada em posição privilegiada em relação às demais Agências do Sistema Penal, com a incumbência de realizar a Acusação constitucional, sob duplo aspecto: (1) a promoção privativa da ação penal pública; e (2) a função de contenção do exercício do Poder Punitivo; e

d) que uma Acusação não-autoritária resulta de um *habitus* alternativo ao paradigma metafísico representacional da Acusação tradicional, qual seja: o da aquisição de discernimentos e reconhecimento da Verdade Acusatória pelo caminho da hermenêutica constitucional.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. Tradução da 1. ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; tradução e revisão de novos textos de Ivone Castro Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 1210 p. Título original: Dizionario di filosofia.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949. Título original: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Disponível em <<http://www.brasilia.diplo.de>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 336 p.

_____. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 118 p.

_____. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 187 p.

AREND, Márcia Aguiar. A Resposta do Poder às Emergências Sociais. **Revista Discente - Cpgd Ufsc**: Fundação Boiteux, Florianópolis, v. 1, n. 1, p.118-133, dez. 2002.

_____. **Capitulação Penal: O Poder (in)visível do Ministério Público**. 1998. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

BARATTA, Alessandro **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. 254 p.

BASTOS, João José Caldeira. **Curso Crítico de Direito Penal**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. 322 p.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 136 p.

_____. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 191 p.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 230 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - volume 1**: parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 767 p.

_____; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 568 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p. Título original: L'età dei Diritti.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. 787 p.

_____; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004. 897 p.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**: Tradução de Fernando Tomaz (português de Portugal). 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. 322 p. Título original: Le pouvoir symbolique.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**: "novos" direitos e acesso à Justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 320 p.

BRASIL. Código de Processo Penal (compilado). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

BRASIL. Código Penal (compilado). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 30 out. 2009

Brasil. Senado Federal. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/novocpp/anteprojeto.asp>>. Acesso em: 29 ago. 2009. (Atual PLS - Projeto de Lei do Senado, n. 159 de 2009).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 44.990/RJ/2005/009665-7. Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário. Arts. 180 e 311, ambos do Código Penal. Trancamento de ação penal. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa. Inocorrência. Relator Ministro Felix Fischer. 14 de março de 2006. Publicação DJU 02 de maio de 2006, p. 345. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 30 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. Ação penal 2003.02.01.016730-1. Corte Especial. Decisão de recebimento de denúncia do Ministério Público Federal. Relatora Des. Federal Vera Lúcia Lima da Silva. 9 de março de 2006. Disponível em <<http://www.trf2.gov.br/jurisprudencia/acordaos.html>> Acesso em 30 nov. 2009.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte geral - introdução, norma penal, fato punível**. 3. ed. Tomo I - v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 124 p.

BRÜNING, Raulino Jacó. **História do Ministério Público Catarinense**. 264. ed. Florianópolis: Habitus, 2001. 264 p.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. 197 p.

CALLADO DE OLIVEIRA, Gilberto. **O conceito de acusação**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1996. 286 p.

CAMÕES, Luís Vaz de. **Os Lusíadas**. Biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2009.

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei: 1889-1930**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. 268 p. (Prometeu).

CANIELLO, Márcio. As raízes da nacionalidade no Brasil colonial. **Raízes**: Revista de Ciências Sociais e Econômicas, Campo Grande, n. 20, p.119-131, jan. 2001. Semestral. Disponível em: <<http://www.ufcg.edu.br/~raizes>>. Acesso em: 25 set. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1522 p.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 539 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 577 p.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução, apresentação e notas de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 315 p.

Conselho Nacional de Justiça - Cnj. **CNJ analisa pacote de medidas para melhoria da execução criminal**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

Constitution Of The Russian Socialist Federated Soviet Republic - 1918. **Bucknell University**. Disponível em: <<http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1918toc.html>>. Acesso em: 29 out. 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002. 266 p.

_____; SCHMITZ, Sérgio Antônio. Sobre o Princípio Republicano. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 1, p.43-54, jun. 2008. Semestral. Disponível em: <<http://www.univali.br/nej>>. Acesso em: 12 set. 2009.

CUVILLIER, Armand. **Pequeno Vocabulário da Língua Filosófica**. Tradução e adaptação de Lólio Lourenço de Oliveira e J. B. Damasco Pena. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961. 197 p. (Atualidades Pedagógicas - v. 82).

CZERNA, Renato Cirell. **O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale**. São Paulo: Saraiva, 1999. 190 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 310 p.

DI PIETRO, Alfredo. **Manual de Derecho Romano**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. 218 p.

DIAS, Maria da Graça Dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 236 p.

DOCKHORN, Nestor. Curso de lingua latina para o direito. In: CURSO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA PARA OS ALUNOS DA FACULDADE DE DIREITO DA FGB, 1., 2004, Volta Redonda. **Apostila**. Volta Redonda: Faculdades Integradas Geraldo Di Biase, 2004. p. 1 - 30.

ECO, Umberto. **Seis passos pelos bosques da ficção**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. 158 p. Título original: Six walks in the fictional woods.

ESPANHA. **Constituição Espanhola, de 1978**. Título original: Constitución Española de 1978. Disponível em <<http://www.senado.es/constitu/index.html>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais**: notas de reflexão no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da UFPR, v. 38, 2003. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1757/>>. Acesso em: 1 nov. 2009.

FARIAS JUNIOR, João. **Manual de criminologia**. Curitiba: Juruá, 1993. 484 p.

FÁVERO, Flamínio. **Medicina legal**: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia. 12. ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. Vários tradutores. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2006. 925 p. Título original: Diritto e ragione.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2003. 160 p. Título original: La vérité et les formes juridiques. (Conferências de Michel Foucault na PUC-Rio de 21 a 25 de maio de 1973).

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35. ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2008. 288 p. Título original: Surveiller et punir.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 10. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2008. 631 p. (Coleção Pensamento Humano). Título original: Wahrheit und methode.

_____. **Verdade e Método II: complementos e índice**. 3. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução ed Marcia Sá Cavalcante Schuback Petrópolis: Vozes, 2007. 621 p. (Coleção Pensamento Humano).

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 696 p.

GARELLI, Franco. Controle Social (verbete). in BOBBIO, Norberto ; MATTEUCCI, Niccola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 283-285.

GAVAZZONI, Aluisio. **História do Direito: dos sumérios até a nossa era**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. 212 p.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, 383 p.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 352 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 539 p.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 432 p. Título original: *Einleitung in die Philosophie*.

_____. **Parmênides**. Tradução de Sérgio Mário Wrublevski; revisão de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2008. 238 p. (Coleção Pensamento Humano).

_____. **Ser e Tempo**. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. 598 p. Título original: *Sein und Zeit*.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. 576 p. Título original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. 2. ed. Tradução de Alex Marins São Paulo: Martin Claret, 2001. 519 p. Título original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1986 p.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Vol. I – Tomo I – Arts. 1º a 10. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 549 p.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana, de 1948**. Título original: *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em < <http://www.governo.it>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Volume 1 - Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 750 p.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008. 334 p. (Clássicos Edipro). Título original: Die Metaphysik der Sitten.

KOEHLER, H.. **Pequeno Dicionário Latino Português**. 11. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1952. 344 p.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005, 260 p.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 224 p.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mito e Significado**. Tradução de António Marques Bessa Lisboa: Edições 70, 2007. 88 p. Título original: Myth and Meaning.

LYRA, Roberto. **Teoria e Prática da Promotoria Pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989. 272 p.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro**. 2a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 675 p.

MANNHEIN, Hermann. **Criminologia Comparada**. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. 389 p. (1 v.).

_____. **Criminologia Comparada**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. 2 v.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal: Vol. 1**. Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem (3ª atualização). São Paulo: Millenium, 2009. 478 p.

MATEOS GARCÍA, Angeles. **A teoria dos valores de Miguel Reale**: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. Tradução de Talia Bugel. São Paulo: Saraiva, 1999. 127 p. Título original: La teoria de los valores de Miguel Reale.

MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. **Sobre o sacrifício**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005. 174 p. Título original: Essai sur la nature et la fonction du sacrifice (1899).

MAZZILI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 663 p.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MÉXICO. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos Y Derechos Humanos. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, 5 de febrero de 1917**. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf>>. Acesso em: 24 nov. de 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV - Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. 563 p.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 605 p. (2 v.).

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Acerca da verdade e da mentira em um sentido extramoral**. Tradução de Helga Hook Quadrado. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1997.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. 447 p.

OLIVEIRA, Aurenéia Maria de. A constituição da verdade em Hans-G. Gadamer e Michel Foucault. **Revista Aulas**, São Paulo, v. 1, n. 3, p.1-29, mar. 2007.

Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/~aulas/numero3.htm>>. Acesso em: 30 out. 2009.

OLIVEIRA NETO, Renato Avelino de. **Mancipatio**. Jus Navigandi n. 778. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/>>. Acesso em: 16 set. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248 p.

PAREYSON, Luigi. **Verdade e interpretação**. Tradução de Maria Helena Nery Garcez e Sandra Neves Abdo. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 291 p. Título original: Verità e interpretazione.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. 128 p.

_____, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. 249 p.

PAULINAS (Ed.). **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Edições Paulinas, 1985, 1663 p.

PEIRANO, Mariza. **Rituais ontem e hoje**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. 57 p.

PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. 6. ed. Porto: Livraria do Apostolado da Imprensa, 1984. 1054 p.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1999. 488 p.

_____. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. 2. ed. São Paulo: Iob Thomson, 2004. 786 p.

PIMENTA, E. Órsis. **Dicionário Brasileiro de Política**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1982. 192 p.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92449>>. Acesso em: 24 ago. 2009.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 270 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. vol. 15. ed. rev. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005. 859 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 884 p.

RAWS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual. 5. ed. São Paulo : Saraiva. P 161.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: Parte Geral - Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 344 p

DUQUE, João. Da hermenêutica dos limites aos limites da hermenêutica: para uma leitura crítica de Gadamer. In: REIMÃO, Cassiano (Org.). H.-G. **Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação - Colóquio**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 71-86.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. 513 p.

ROCHA, Leonel Severo. Interpretação Jurídica e Racionalidade. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v. 1, n. 35, p.16-24, dez. 97. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 113 p.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 258 p. Título original: Einführung in das strafrecht und straprozessrecht.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996. 348 p.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. 126 p. Título original: Renovar la teoria critica y reinventar la emancipación social.

SANTOS, Juarez Cirino Dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 352 p.

SARAMAGO, José. **Caim**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2009. 172 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493 p.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Opinio delicti**. Curitiba: Juruá, 2005. 204 p.

SIQUEIRA, Elizabeth Madureira; PAIÃO, Ilza Dias. **Ministério Público do Estado do Mato Grosso: trajetória histórica**. Cuiabá: Entrelinhas, 2009. 472 p.

STOPPINO, Mario. Poder (verbetes). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Niccolò; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 933-945.

SOUZA, Alexander Araujo de. **O abuso do direito no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 252 p.

SOUZA, Laura de Mello e. **O diabo e a terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial**. 2. ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2009. 542 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 366 p.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Aula Magna no Supremo Tribunal Federal. Arquivo em vídeo. Disponível em: <<http://leniostreck.com.br>>. Acesso em: 29 out. 2009.

_____. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 183 p.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas - Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 435 p.

_____. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p.243-284, 2004. Anual.

_____ ; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 211 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362 p.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**: interpretação da lei - temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. 232 p.

_____. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. 120 p.

WELZEL, Hanz. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951. 44 p. (Fusão de diversos artigos publicados pelo autor feita por Carlos Fontán Balestra. Traduções da língua alemã por Eduardo Friker).

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 167 p.

_____. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antiguidade à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 232 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 660 p.

_____. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 224 p. (Pensamento criminológico). Título original: El enemigo en el Derecho penal.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 1999. 888 p.